

*Departamento de Derecho Público
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid*

Tesis Doctoral:

EL DAÑO MORAL EN LA
RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL SANITARIA:
CRITERIOS DE
RACIONALIZACION

Autora:
Isabel Hurtado Díaz-Guerra

Directora:
Profesora Dra. Ana De Marcos Fernández

*Departamento de Derecho Público
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid*

Tesis Doctoral:

**EL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL SANITARIA: CRITERIOS DE
RACIONALIZACION**

Madrid, Marzo 2017

Autora: Isabel Hurtado Díaz-Guerra
Directora: Profesora Dra. Ana De Marcos Fernández

A Jesús Peña Lázaro, mucho tiempo Jefe de Servicio de Responsabilidad Patrimonial. Tan sabio y sensato como humilde, fue entrañable maestro y ejemplo en sus valores, tanto en la vida como en el derecho. Se fue antes de tiempo, pero su pasión por la responsabilidad patrimonial sanitaria sigue viva en este trabajo, ilustrado en los libros por él subrayados. Te echamos de menos.

A José, que pacientemente me acompaña y me apoya en todas las ilusiones que persigo, apartando los obstáculos del camino, y procurando con esmero que llegue a buen puerto. Gracias por entenderme como nadie, por regalarme el tiempo, por tu eterna paciencia y tu amor generoso...sin tí no habría sido posible.

A mis hijos, Úrsula y Nacho. Mi todo, mi orgullo, mi mayor logro, mi felicidad...

A mis padres, que desde la sencillez y el cariño nos lo dieron todo, y a mi familia, por su alegría de vivir y su incondicionalidad.

A los míos (ellos saben quienes son) en la tierra y en el cielo, y, muy especialmente, a mi muy querida amiga Cristina, por su ejemplar integridad personal y por enseñarme tanto. Siempre estarás conmigo...

Agradecimientos:

A mi directora de tesis, la profesora Ana De Marcos Fernández, un privilegio. Firme guía y fuente de sabios y expertos consejos. Gracias por su confianza y por regalarme libertad para aprender, dándome las claves para no errar en la elección de los caminos.

A Mónica, que desde un fortuito y venturoso encuentro, ha hecho que esto sea posible, transmitiéndome no sólo confianza y valiosos consejos, sino la mejor de las energías y un afectuoso apoyo.

A mi jefa, Ana, por su constante apoyo y ayuda, dándome todas las facilidades para que pudiera acometer este trabajo.

“Se piensa que lo justo es igual, y así es; pero no para todos, sino para los iguales. Se piensa por el contrario que lo justo es desigual, y así es; pero no para todos, sino para los desiguales”.

Aristóteles.

ÍNDICE

SIGLAS Y ABREVIATURAS EMPLEADAS.....	9
INTRODUCCIÓN: EL PORQUÉ Y EL PROPÓSITO DE ESTA TESIS	11
CAPITULO I.- BREVE DESCRIPCIÓN DEL ESCENARIO: ALGUNOS APUNTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA	21
1.- ORÍGENES Y REGULACIÓN	21
2.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL:	29
2.1.- CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: DIRECTA, EXCLUSIVA, UNIFORME Y OBJETIVA	29
2.2.-LA DESMITIFICACION DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA: EL CISMA ESTA ABIERTO	35
2.3.- LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA ...	40
2.4.- LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA.....	43
3.- ELEMENTOS SUSTANTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, CON ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO SANITARIO.....	47
3.1.- LOS TÍTULOS DE IMPUTACIÓN: EL PAPEL DEL RIESGO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN	48
3.2.- LA ANTIJURICIDAD EN LA PRESTACIÓN SANITARIA COMO OBLIGACIÓN DE MEDIOS	52
3.2.1.-La Lex Artis	54
a) Los protocolos médicos	59
b) La Lex artis ad Hoc y la Indicación Terapéutica	60
3.2.2.- La cláusula de los riesgos del progreso	61
3.3.- LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD	63
a) Teoría de la Causalidad Adecuada	65
b) Teoría de la equivalencia de condiciones o de la condición	66
c) Teoría de la probabilidad cualificada:	67
d) Teoría de la pérdida de oportunidades:	68
e) Teoría de la creación culposa de un riesgo:	68
f) Teoría de los cursos causales no verificables.....	69
3.4.- LA LESION	70
3.4.1.-Concepto:	70
3.4.2.- Los riesgos generales de la vida o las cargas de la vida en sociedad.....	72
3.4.3-Los requisitos de la lesión:	73
a).- La efectividad o certeza del daño y la prueba	73
b).- Evaluable económicamente	75
c).- Daño individualizado.....	76
4.- EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA	77

5.- CONCLUSIONES:	81
 CAPITULO II.- EL DAÑO MORAL SANITARIO: SU DOBLE VERTIENTE COMO LESION RESARCIBLE Y CONCEPTO INDEMNIZATORIO	85
1.- IDEAS PRELIMINARES: EL DAÑO SANITARIO	85
2.- ORÍGENES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DAÑO MORAL	90
3.- LA EVOLUCIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, Y EN ESPECIAL EN EL ÁMBITO SANITARIO	95
4.- EL DAÑO MORAL: APROXIMACIÓN A SU CONCEPTO	99
4.1.- ALGUNAS FORMAS DE DEFINIR EL DAÑO MORAL	99
a) La definición negativa:	101
b) La definición en función de la clasificación de los daños como patrimoniales y extrapatrimoniales	102
4.2.- EL DAÑO MORAL MÁS ALLÁ DEL <i>PRETIUM DOLORIS</i>	106
4.3.- SU CONCEPCIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA GRADUACIÓN DEL DAÑO MORAL	108
4.4.- EL USO DEL DAÑO MORAL PARA ENMASCARAR LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS PATRIMONIALES	112
5.- ¿CUÁNDO ES RESARCIBLE EL DAÑO MORAL SANITARIO?	113
5.1.- NO ES DAÑO MORAL RESARCIBLE LA MERA SITUACIÓN DE MALESTAR, INCERTIDUMBRE O INCOMODIDAD: “EL RIESGO GENERAL DE LA VIDA” COMO CRITERIO NEGATIVO DE IMPUTACIÓN.	114
5.2.- LA CERTEZA Y LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL	115
5.2.1.- La certeza, la carga de la prueba y los Principios Generales	116
5.2.2.- La inversión de la carga de la prueba	118
5.2.3.- ¿Debe probarse el daño moral?: el equilibrio entre la certeza y la dificultad de prueba	119
5.2.4.- Presupuestos para la prueba: idoneidad y apreciación	120
5.2.5.- El Daño Moral y las Presunciones	122
5.3.- EL DAÑO MORAL COMO DAÑO ABSTRACTO, PRESUNTO Y SANCIONATORIO	125
6.- CONCLUSIONES:	127
 CAPITULO III.- LA LEGITIMACIÓN ACTIVA COMO ELEMENTO DELIMITADOR DEL DAÑO MORAL: SUS SINGULARIDADES EN LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA	129
1.- INTRODUCCIÓN	129
2. - LA LEGITIMACIÓN ACTIVA ORDINARIA	135
2.1.- LEGITIMACION ORDINARIA ORIGINARIA POR DAÑOS DIRECTOS E INDIRECTOS: ESPECIAL MENCIÓN A LA RECLAMACIÓN POR DAÑOS MORALES POR EL FALLECIMIENTO DE OTRO	136

2.1.1.- LEGITIMACION ORIGINARIA POR DAÑOS DIRECTOS	136
2.1.2.- LEGITIMACION ORIGINARIA POR DAÑOS INDIRECTOS:.....	137
A) Por daños derivados de lesiones físicas	137
<i>-Especial referencia a la legitimación de los progenitores con respecto a los</i>	
<i>daños ocasionados a los hijos menores</i>	140
B) Por Daños derivados del fallecimiento: la delimitación de la condición de	
perjudicado.	141
a) Legitimación del padre o la madre:	145
b) Legitimación de los hermanos:	146
c) Legitimación de las personas con falta de conciencia por capacidades	
minoradas.....	148
- La repercusión de los nuevos tipos de perjudicado en el nuevo Baremo de	
Tráfico:	149
2.2.-LEGITIMACIÓN ORDINARIA DERIVADA: ESPECIAL MENCIÓN A LA	
LEGITIMACIÓN MORTIS CAUSA	151
2.2.1.- Los daños causados por la muerte: ¿Causa la muerte un daño moral al que	
la sufre?.....	152
a)Tesis negativas:.....	153
2.2.2- Daños causados al fallecido antes de su muerte: el problema de la	
transmisibilidad en los daños morales.....	156
a) Tesis negativas	156
b) Tesis a favor de la transmisibilidad del daño moral.....	159
c) Teoría de la doble legitimación	164
3.- LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EXTRAORDINARIA: LA REPRESENTACIÓN	167
3.1.-Falta de acreditación de la representación	168
3.2.- Acreditación con medios no idóneos	168
4.- LA SUCESIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD	
PATRIMONIAL.....	169
5.- CONCLUSIONES.....	173
CAPITULO IV.- MANIFESTACIONES DEL DAÑO MORAL SANITARIO: UN	
INTENTO DE CATALOGAR LA CASUÍSTICA MÁS RELEVANTE	177
1.- INTRODUCCIÓN.....	178
2.- POSIBLES CLASIFICACIONES DEL DAÑO MORAL EN EL ÁMBITO SANITARIO	
.....	179
3.- DAÑOS MORALES DERIVADOS DE LESIÓN FÍSICA	181
3.1.- DAÑOS DIRECTOS.....	181
3.1.1.-Pretium doloris: el dolor físico y moral	181
3.1.2.- El perjuicio estético	185
3.2.- DAÑOS INDIRECTOS	188
3.2.1.- El fallecimiento de un familiar o persona allegada: el pretium mortis	188
3.2.2.- Daño moral de rebote por lesión física de un familiar o persona allegada	
.....	189

4.- DAÑOS MORALES AUTÓNOMOS:	190
4.1.- LA INQUIETUD, ZOZOBRA Y OTROS ESTADOS DE ÁNIMO	190
4.1.1.- Los falsos positivos o falsos negativos	193
4.1.2.- El retraso diagnóstico o asistencial	195
4.1.3.- El extravío y la descoordinación en las pruebas diagnósticas	196
4.1.4.- La angustia por la necesidad de reintervención o por la suspensión de la intervención programada	199
4.2.- DAÑOS MORALES POR PRIVACIÓN/DEMORA DE ASISTENCIA SANITARIA O DE DECISIÓN SOBRE EL TRATAMIENTO; LAS LISTAS DE ESPERA.	199
4.3.- LAS ACCIONES DERIVADAS DEL NACIMIENTO DE UN HIJO: <i>WRONGFUL ACTIONS (WRONGFUL CONCEPTION, WRONGFUL BIRTH, Y WRONGFUL LIFE)</i>	202
4.3.1.- Wrongful conception: el nacimiento de un hijo no esperado	203
4.3.2.- Wrongful birth o la privación del derecho a interrumpir el embarazo de un feto con malformaciones	209
1º) Supuestos de hecho de las reclamaciones por wrongful birth	212
2º) El daño	214
a) El daño por lesión del derecho a la información <i>per se</i>	215
b) La Pérdida de Oportunidad:	215
c) Daño moral por la falta de preparación psicológica ante el nacimiento del hijo enfermo o discapacitado	216
d) El perjuicio económico “de rebote” para los padres, tutores o familiares más cercanos:	216
e) Daño moral “de rebote”, derivado de la condición enferma del hijo	217
f) El daño por la privación del derecho a ejercer la libertad de procreación (en el caso del diagnóstico pre-conceptivo) o bien a decidir sobre la posibilidad de practicar un aborto eugenésico dentro del plazo legal (en el prenatal),	218
3º) La relación de causalidad	223
a.- La conexión con la imputación objetiva	225
b.- La aplicación de la pérdida de oportunidad en su relación causal	225
4º) La valoración del daño y su resarcimiento en las acciones de wrongful birth	226
5º) Legitimación activa	228
4.3.3.- Wrongful life: o la reclamación del hijo por haber nacido	230
4.4.-DAÑO MORAL POR IMPOSIBILIDAD DE TENER DESCENDENCIA	232
4.5.- DAÑO MORAL POR EXTRAVÍO, DETERIORO O PRIVACIÓN DEL USO DE MUESTRAS BIOLÓGICAS O MATERIAL GENÉTICO	234
4.5.1.- La muestras biológicas	234
4.5.2.- El Extravío de material genético:	236
5.- CONCLUSIONES	237

CAPITULO V.- EL BOOM DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: UN SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL POR DAÑO MORAL 239

1.-ORÍGENES Y FUNDAMENTO	239
1.1.- ORÍGENES	239
1.2.- FUNDAMENTO	242
1º.- En relación con el nexo de causalidad	243

2º.- En relación con la Antijuricidad.....	245
3º.- En relación al daño: la pérdida de oportunidad como daño moral, y como coeficiente reductor en la valoración.	250
2.- PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: ¿CUAL ES LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD JURÍDICAMENTE RELEVANTE PARA SER RESARCIDA?.....	253
2.1.- ¿CÓMO FUNCIONA LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD?	253
2.2.- PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA.....	254
2.3.- ¿CUÁL ES LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD RESARCIBLE?	256
3.- CASUÍSTICA MÁS RELEVANTE:.....	259
3.1.- SERVICIOS DE URGENCIAS	259
3.2.- SERVICIOS DE AMBULANCIAS Y EMERGENCIAS SANITARIAS	261
3.3.- ERROR O DEMORA EN EL DIAGNÓSTICO/TRATAMIENTO:	262
3.4.- DEFICIENTE PREVENCIÓN EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA:	265
3.5.- FALTA DE INFORMACIÓN	265
a) Falta de información sobre malformaciones congénitas (wrongful birth):	266
b) Falta de información sobre los riesgos o complicaciones asociadas a una intervención	266
4.- ¿CÓMO SE INDEMNIZA LA PERDIDA DE OPORTUNIDAD?:	268
4.1.- ¿QUÉ CONCEPTO SE INDEMNIZA?	268
4.2.-FORMAS DE CALCULAR LA INDEMNIZACIÓN	273
a) El uso del Baremo de Tráfico:	274
b) La valoración a tanto alzado:	277
c) Los precedentes, o la remisión a casos similares	279
4.3.- LA INDEMNIZACIÓN DE LA PROBABILIDAD PERDIDA Y CIERTA: SU CALCULO EN PORCENTAJES Y LA DISCRECIONALIDAD DEL JUZGADOR ...	279
4.4.-LA INDEMNIZACIÓN DE LA PERDIDA DE OPORTUNIDAD COMO INCERTIDUMBRE: EL RESARCIMIENTO CON CANTIDADES FIJAS.....	284
4.5.- LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD Y EL FALLECIMIENTO.....	285
5.- CONCLUSIONES.....	286
CAPITULO VI.- EL RESARCIMIENTO DE LA FALTA DE INFORMACIÓN Y LOS DEFECTOS/OMISIÓN DE CONSENTIMIENTO AL FILO DE LOS REQUISITOS DE CERTEZA Y ANTIJURICIDAD: ¿DAÑO MORAL AUTÓNOMO O SANCIÓN ENCUBIERTA?	289
1.- INTRODUCCIÓN.....	290
2.- ORÍGENES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA	292
1ª) "Consentimiento voluntario" (1947):	295
2ª) "Consentimiento informado".	297
3ª) "Consentimiento válido".....	298
4ª) "Consentimiento auténtico":.....	298
3.- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN ESPAÑA: EVOLUCIÓN HISTÓRICA, NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL	299

4.- EL DEBER DE INFORMAR Y EL DEBER DE RECABAR CONSENTIMIENTO

INFORMADO.....	304
4.1.- EL DEBER DE INFORMACION:.....	304
4.2.- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO:	307
a) ¿Quién es el sujeto del Consentimiento Informado?	308
b) Requisitos del consentimiento:.....	309
c) ¿Cuál es la información requerida para que el Consentimiento sea válido? ..	311
d) ¿En qué momento debe efectuarse el consentimiento?:	313
e) Las excepciones.....	313

5.- LA PRUEBA DE LA INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO: 314

6.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FALTA DE

INFORMACIÓN/CONSENTIMIENTO INFORMADO	317
6.1.-FORMAS DE CALIFICAR EL DAÑO: TEORÍAS EXISTENTES	320
1º) TEORÍA DE LA FALTA DEL NEXO DE CAUSALIDAD:	321
2º) LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.....	323
3º) TEORÍA DEL DESPLAZAMIENTO DEL RIESGO	324
4ª) TEORÍA DEL DAÑO MORAL AUTÓNOMO:	325
5º) TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDADES	328
6.2.- LAS DISTINTAS FORMAS DE RESARCIMIENTO DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO: POSIBLES SUPUESTOS.....	329
6.2.1.- POSIBLES SUPUESTOS	332
A) ACTUACIÓN MÉDICA CORRECTA	332
a.- <i>Infracción del consentimiento sin lesión física alguna del paciente:</i>	<i>332</i>
b.- <i>Infracción del consentimiento informado por omitir los riesgos, complicaciones y contraindicaciones de la intervención, que ocurren produciendo lesión física.....</i>	<i>333</i>
c.- <i>Infracción del consentimiento informado al omitir secuelas de la intervención, que se producen ocasionando daño corporal:.....</i>	<i>334</i>
d.- <i>Infracción del consentimiento informado al omitir la existencia de alternativas médicas acreditadas con daño corporal:</i>	<i>335</i>
e.- <i>Infracción del consentimiento y ocurrencia de un riesgo imprevisible ocasionando lesión corporal.....</i>	<i>335</i>
f.- <i>Omisión de consentimiento informado con lesión física</i>	<i>336</i>
g.- <i>Falta del documento de consentimiento informado en la Historia Clínica</i>	<i>337</i>
B) ACTUACIÓN MÉDICA INCORRECTA	338
a.- <i>Falta de consentimiento informado o información y lesión física.....</i>	<i>338</i>
6.2.2.- ¿QUIÉN PUEDE SER INDEMNIZADO EN MATERIA DE INFORMACION O CONSENTIMIENTO?	339
6.2.3.- EL CARÁCTER SANCIONADOR DE LA INDEMNIZACIÓN POR LA FALTA DE CONSENTIMIENTO: ¿LA REMINISCENCIA DE UNA ENMIENDA NO APROBADA?.....	340

7.- EL CÁLCULO DE LAS INDEMNIZACIONES POR FALTA DE INFORMACION O CONSENTIMIENTO INFORMADO: MÉTODOS EMPLEADOS..... 343

8.- REFERENCIA A LA INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO EN SUPUESTOS ESPECIALES:..... 347

8.1.-LOS PARTOS: EL PAPEL DEL PLAN DE PARTO	347
8.2.- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LOS ENSAYOS CLÍNICOS	351
9.- CONCLUSIONES:	353
 CAPITULO VII.-LA VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL Y SU CUANTIFICACIÓN. 355	
1.- INTRODUCCIÓN.....	355
2.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL RESARCIMIENTO Y SU APLICACIÓN EN EL DAÑO MORAL	359
2.1.- EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA	360
2.2.-EL PRINCIPIO DE INDEMNIDAD O REPARACIÓN INTEGRAL	361
2.2.1.- En cuanto al contenido de la indemnización	361
2.2.2.-En cuanto al momento de la valoración	362
2.2.3.- Los daños morales: una excepción al principio:.....	364
2.3.- EL PRINCIPIO DE LA APRECIACIÓN SUBJETIVA O CONCRETA: “LA JUSTICIA DEL CASO CONCRETO”	367
3.- LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO SANITARIO	369
3.2.- EL BAREMO PREVISTO PARA INDEMNIZACIONES POR ACCIDENTES DE TRÁFICO: SU UTILIZACIÓN PARA CUANTIFICAR EL DAÑO SANITARIO:	373
3.2.1.-Sus orígenes y sus críticas	373
3.2.2.- La expansión del baremo a otros ámbitos ajenos a la circulación de vehículos a motor: la posición del Tribunal Supremo.....	377
3.2.3.- El uso del baremo en la responsabilidad patrimonial sanitaria	380
3.2.4.- El sistema indemnizatorio de tráfico vigente: breve explicación de su funcionamiento	382
3.3.- LA VALORACIÓN A TANTO ALZADO Y EL ARBITRIO JUDICIAL	387
3.4.- EL PRECEDENTE: ¿UNA SOLUCIÓN EFICAZ?.....	389
4.- LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES	390
4.1.- REGULACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES EN EL BAREMO.....	390
4.2.- OBJECIONES A LA APLICACIÓN DEL BAREMO DE TRÁFICO PARA LA VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES	395
4.3.- LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS JUECES.....	400
4.4.- EL RETRASO DIAGNOSTICO: UN SUPUESTO DE INDEMNIZACIÓN PLURIFORME.....	403
4.5.- LA JUSTIFICACIÓN DE LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL: ¿MERA CLÁUSULA DE ESTILO?	405
4.5.1.- La necesidad de motivar las sentencias sobre daños morales	405
4.5.2.- El deber de motivación y el daño moral	408
5- EL BAREMO PARA LA DETERMINACIÓN DE INDEMNIZACIONES POR DAÑOS DERIVADOS DE ACTUACIONES SANITARIAS: ¿UTOPIA O REALIDAD?.....	413
6.- LA INDEMNIZACIÓN MEDIANTE PENSIÓN O PAGOS PERIÓDICOS	418

7.- CONCLUSIONES.....	419
CONCLUSIONES FINALES	423
BIBLIOGRAFÍA CITADA Y CONSULTADA.....	431
RELACIÓN DE SENTENCIAS Y DICTÁMENES CITADOS	451
RELACION DE ANEXOS.....	466

SIGLAS Y ABREVIATURAS EMPLEADAS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CCIt	Código Civil italiano
C.E.	Constitución Española
Cfr.	Véase
CI	Consentimiento Informado
CM	Comunidad de Madrid
C.P.	Código Penal
INE	Instituto Nacional de Estadística
IPC	Índice de Precios de Consumo
JCA	Juzgado de lo Contencioso-Administrativo
LAP	Ley de Autonomía del Paciente
LBRL	Ley de Bases de Régimen Local
LCS	Ley de Contrato del Seguro
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LEF	Ley de Expropiación Forzosa
LGS	Ley General de Sanidad
LJCA	Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LO	Ley Orgánica
LRCSVM	Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor
LPAC	Ley de Procedimiento Administrativo Común
LRJAE	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones del Estado
LRJAPPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.
LRJSP	Ley de Régimen Jurídico del Sector Público
O.M.	Orden Ministerial
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de Naciones Unidas
PAG.	Página
PÁGS.	Páginas
PETL	<i>Principles of European Tort Law</i>
P.O.	Pérdida de Oportunidad
RD.	Real Decreto
REC.	Recurso
REF	Reglamento de Expropiación Forzosa
RNIP	Registro Nacional de Instrucciones Previas
RNM	Resonancia Nuclear Magnética
RX	Rayos (radiografía)
S.	Sentencia
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SEC.	Sección
SEGO	Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia
SS.	Siguientes
SJCA	Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STSJM	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid
STSSS	Sentencias del Tribunal Supremo
TAC	Tomografía Axial Computerizada
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TSJM	Tribunal Superior de Justicia de Madrid
V.gr.	Verbigracia
VID.	Véase

INTRODUCCIÓN: EL PORQUÉ Y EL PROPÓSITO DE ESTA TESIS

A nadie se nos escapa que el escenario sanitario de hoy nada tiene que ver con el de hace unos años. Los grandes avances tecnológicos -que permiten, incluso, mantener con vida al paciente de forma artificial-, el desarrollo de la ingeniería biomédica y genética y en materia de transplantes han influido de manera notoria en que el usuario de la sanidad no se resigne ya tan fácilmente a la muerte, considerándola en muchas ocasiones como un fracaso achacable a una desatención o deficiencia en la asistencia sanitaria. A ello ha de sumarse, también, la evolución de la relación médico-paciente, quien lejos de ser un mero sujeto pasivo que todo lo soporta, demanda poder intervenir en la toma de decisiones sobre su salud; así como el cambio de actitud -hoy más exigente y reivindicativa- de los ciudadanos en general frente a los Servicios Públicos.

Estas circunstancias parecen estar propiciando una demanda permanente de resultados -pretendiendo de la Administración Sanitaria más allá de lo jurídica y técnicamente exigible-, que se materializa frecuentemente en la presentación de reclamaciones por los ciudadanos, movidos también a veces por las jugosas expectativas de las indemnizaciones que pueden obtenerse en ese ámbito. Desde el punto de vista jurídico, son dos las principales consecuencias que de ello se derivan: por un lado, la creciente judicialización de la medicina -y, por ende, el ejercicio a veces defensivo de la práctica médica-; y por otro, la aparición de novedosas líneas jurídicas que enjuician el siempre controvertido campo de la responsabilidad sanitaria y que, de algún modo, vienen a alterar las clásicas configuraciones doctrinales del derecho de daños y la responsabilidad patrimonial, constituyéndose este ámbito sanitario en verdadero laboratorio para el ensayo de las nuevas teorías jurídicas que van surgiendo.

La exigencia de responsabilidad por entender inadecuada, deficiente o insuficiente la prestación asistencial, resulta ser una preocupación constante, y ello no puede ser de otra manera, cuando están en juego nuestros bienes más preciados: la salud y la vida. Se une a ello el hecho de que el riesgo esté permanentemente presente en la actividad sanitaria; pues aunque existe en cualquier actividad de forma ocasional, lo cierto es que en la práctica de la medicina, cada decisión y cada acto conlleva un riesgo implícito, que al final recae sobre el propio paciente y sus seres queridos.

Por la experiencia diaria en la tramitación de procedimientos de responsabilidad patrimonial, durante más de doce años, hemos tenido oportunidad de analizar numerosos casos de reclamaciones presentadas contra los Servicios Públicos Sanitarios, con todo tipo de relatos; desde los más simples y a veces incluso absurdos, a los que entrañan las más duras y graves situaciones que pueden presentarse en la vida de un ser humano, y respecto a cuya desgracia es, en ocasiones, muy difícil abstraerse del elemento sensible, para ceñirnos a valorar técnicamente los hechos, en aplicación del Derecho y al servicio de los intereses públicos. En la inmensa mayoría de esos escritos, ya sean los redactados de forma sencilla por los ciudadanos o las, a veces, tendenciosas reclamaciones elaboradas por despachos de abogados de mayor o pequeña envergadura, podemos encontrar que se invoca de algún u otro modo el daño moral. En algunos casos, resulta lógico e incluso evidente que, según lo que narra el reclamante, lo sucedido parece haberle ocasionado ese daño moral que alude, siendo fácil presumir cuáles han sido sus pesares y padeceres; pero lo cierto es que, por muy duro que resulte el relato y muy comprensibles las repercusiones que aduce, ello no implica que sea relevante jurídicamente o que deba ser indemnizado en todos los supuestos (lo que no siempre es de fácil comprensión para un ciudadano profano en Derecho).

Realmente, si nos ponemos en la piel de un paciente o de sus familiares, podríamos pensar que la mera decisión de reclamar ya denota que han sufrido un agravio en su vida, una perturbación en su esfera física o psíquica que muestra cierto perjuicio moral; luego, en toda reclamación parece que *a priori* siempre podría invocarse un daño moral. Sin embargo, la imposible reparación generalizada de este concepto, y la desigualdad de su medida, dependiendo del sujeto que lo padece (pues no a todo el mundo le afectan las cosas de igual manera e intensidad), conlleva que sea necesario restringir cuáles son los daños morales que van a ser jurídicamente relevantes y que pueden dar lugar al reconocimiento de una indemnización.

Por otra parte, podemos observar que, si bien hasta fechas recientes los daños morales habían sido objeto de reclamación e indemnización de forma complementaria a algún daño físico; hoy en día, han adquirido una autonomía propia, pasando a ser, en muchas ocasiones, causa exclusiva de reclamar en un cada vez más amplio abanico de supuestos (desde el más habitualmente invocado daño moral por fallecimiento de un familiar, a la falta de información o consentimiento, la incertidumbre ante una oportunidad terapéutica o diagnóstica perdida, los padecimientos e inquietudes por retrasos o errores en la asistencia, etc...). En otras circunstancias, tras la lectura de la reclamación, vemos que el daño moral se introduce como una

mera petición complementaria a la principal, un añadido “a mayor abundamiento”, pero sin que realmente este concepto tenga una entidad propia, ni mucho menos se justifique a qué perjuicio concreto hace referencia.

Pero no sólo es que los usuarios de la Sanidad Pública reclamen cada vez con mayor naturalidad daños morales a la Administración Sanitaria; sino que, al mismo tiempo, hemos sido testigos del continuo incremento de las sentencias que conceden indemnizaciones por ese título. Especialmente llamativo es el aumento de sentencias basadas en la pérdida de oportunidad, que como revisaremos en su capítulo específico, parece haberse convertido en la “tendencia de moda” en el mundo de las reclamaciones sanitarias. Realmente, parece ser un fenómeno que se enmarca en una situación generalizada de creciente protagonismo de este daño, pues hemos pasado en poco tiempo de una predisposición judicial y doctrinal de rechazo de la indemnización por daño moral, a una generalización casi exagerada de su concesión en todos los ámbitos, ya no sólo en relación a los derechos de la personalidad, sino en cuanto al sufrimiento emocional o espiritual de las personas. Son conocidos supuestos de indemnización por daños morales en casos de: retrasos de vuelos, ruidos, accidentes de trabajo y *mobbing*, por el cumplimiento de una sanción o prisión indebida, incluso por la pérdida de confianza en el sistema público o, en un reciente caso, por la suspensión sin previo aviso de una línea telefónica de una persona que se encontraba en el extranjero por trabajo...

A priori, la Administración en sede del procedimiento de responsabilidad patrimonial no parece proclive al reconocimiento generalizado de dichos daños; quizás por las limitaciones de las que adolece para su valoración y cuantificación, y por la escasa voluntad de sus Compañías Aseguradoras, que parecen entender como tales daños indemnizables sólo aquellos que encajan en las partidas reconocidas en el baremo de tráfico. Sin embargo, lo cierto es que, acatando las tendencias de los Tribunales y los Órganos Consultivos, comienzan a tener en cuenta y a reconocer indemnizaciones por supuestos constitutivos de daños morales, como es la falta o defectos de información/consentimiento, pérdida de oportunidad, y otras manifestaciones que repasaremos a lo largo de este trabajo. En el resto de casuística (inquietudes, padecimientos anímicos o emocionales, etc.) es infrecuente aún que una Administración declare indemnizaciones por este concepto si no va emparejado a un daño corporal; dejando en manos de los Tribunales esta potestad que requiere de los amplios márgenes de arbitrio que gozan y de los que carece la Administración. Son pues, las sentencias de los tribunales y los dictámenes de los órganos consultivos la mayor fuente primaria de la que resulta la investigación sobre el daño moral sanitario,

y de las que extraeremos las distintas cuestiones que reflejan la problemática actual en esta materia.

El creciente, e incluso desbordado, protagonismo que está adquiriendo el daño moral en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria y su uso desmedido, nos lleva a fijarnos especialmente en algunos fenómenos concretos. Por un lado, llama la atención que se está indemnizando por ese concepto sin especificar en qué consiste; es decir, sin explicar cuál es el contenido de ese perjuicio y de qué forma se manifiesta (si se trata de un estado de angustia, de pesar, de incertidumbre, de desasosiego, desamparo, o de cualquier otra emoción o sentimiento de trascendencia). Igualmente, advertimos como en ocasiones se reconoce sin más prueba que la mera presunción del juzgador; o como, en supuestos similares, se indemniza el daño moral de distinta forma, aplicando criterios diferentes sin explicitar porqué se escoge uno u otro. Observamos, pues, que no sólo asistimos a un fenómeno de sobredimensionamiento del daño moral, sino que parece haberse incurrido en un uso manido y abusivo por parte de Tribunales, Órganos Consultivos y los propios ciudadanos, y este fenómeno, se hace más patente aún con respecto a los casos de falta de consentimiento informado y pérdida de oportunidad.

Alertada nuestra curiosidad, nos preguntamos qué circunstancias o qué factores han podido conducir a esta situación, y de ahí nace precisamente el interés por realizar la investigación que recoge esta tesis. Como no podía ser de otra manera, el propósito fijado nos obliga a conocer bien la figura del daño moral, y para ello resulta ineludible empezar -cómo no- por el principio: estudiando las circunstancias en las que se originó, el contenido del que se le ha ido dotando a lo largo del tiempo, las vicisitudes y dificultades que se han ido planteando con su uso (identificación del concepto de daño, la legitimación para reclamarlo, sus problemas de prueba, la dificultad de su valoración y cuantificación, etc.). Y ello, con la idea de que, desde el análisis de la protección que nuestro sistema jurídico otorga al daño moral, podamos llegar a delimitar un término que se nos presenta tan vago y ambiguo, y comprender qué está ocurriendo en el panorama actual y cuál es la tendencia futura que se atisba. En este contexto, nos centraremos en la vertiente puramente asistencial de los Servicios Sanitarios; es decir, en el ámbito de los actos clínicos constitutivos de la prestación pública sanitaria, dejando a un lado otros supuestos que pueden dar lugar a responsabilidad patrimonial, como son los accidentes en centros sanitarios, daños a trabajadores, transporte sanitario convencional, etc.

Aprovecharemos esa tarea para elaborar una sistematización de las cuestiones relacionadas con el daño moral sanitario, a través del análisis de dictámenes y sentencias principalmente del orden contencioso; es decir, desde las interpretaciones que se realizan en los casos reales, eso sí con la inevitable comparación con los criterios aplicados en el orden civil. Esta labor no se presenta fácil, pues como pone de manifiesto SANCHEZ CARO¹ al respecto de estos daños, *“En ocasiones, el Tribunal Supremo parece que juzga cada caso concreto y es difícil establecer un criterio al que ajustarse, lo que supone una enorme complejidad a la hora de centrar la doctrina”*. No obstante, es, precisamente, esa falta de unificación de la doctrina la que nos sirve de estímulo en este trabajo, pues ante tal dispersión constituye un verdadero reto el intentar recoger y compilar las líneas doctrinales y jurisprudenciales que se desprenden de las sentencias y estudios realizados, a fin de poner de manifiesto sus contradicciones, sus dudas, las cuestiones que se suscitan, etc.

Como punto de partida de este “viaje” de investigación y conocimiento, tan interesante como su título, resulta la conocida obra del Profesor DíEZ PICAZO “El Escándalo del Daño Moral”², que advierte de la peligrosa tendencia a aplicar indebidamente la figura que estudiamos; revelando, no sólo la trivialización de su uso, sino la deformación del mismo, al haberse constituido en un concepto “comodín” y moldeable “como la plastilina” que, en ocasiones, tiene un fin más punitivo que resarcitorio.³ Esta obra publicada en el año 2008, nos sitúa en un *status quo* que conserva plena actualidad; pues, si ya entonces el autor ponía en evidencia la distorsión de la figura, unos años después podemos observar como esa desfiguración o esa maleabilidad ha llegado a desnaturalizar e incluso pervertir la institución. Así se observa cuando, en numerosas ocasiones y bajo la rúbrica de daños morales, el Tribunal Supremo concede indemnizaciones por daños que carecen de aquella cualificación (pues en realidad, no son más que daños patrimoniales que no resultan, por razones diversas, fáciles de

¹ SANCHEZ CARO, J. (2011) en “Ponencia sobre consentimiento informado y responsabilidad patrimonial”, celebrada en Toledo, dentro de la *II Jornada sobre responsabilidad jurídica por asistencia, organizada por Sescam*. <http://derecho.publicacionmedica.com/noticia/es-dificil-establecer-un-criterio-en-la-jurisprudencia-del-supremo-sobre-el-dano-moral/>.

² DíEZ PICAZO, L. (2008).

³ DíEZ PICAZO, L. pone dos casos como claros ejemplos de lo maleable del concepto. El primero, sobre un grupo de viajeros que demanda a la compañía Iberia por el retraso de un vuelo transoceánico (que implicó un día menos de vacaciones para ellos), reconociéndoles el Tribunal una indemnización por los perjuicios morales sufridos por los pasajeros por la pérdida de ese día de vacaciones. Y el segundo, sobre la Sentencia 543/2003, del T.S. de 29 de mayo de 2003, referida a un abogado que solicita al T.C. que convoque oposiciones para cubrir plazas de letrado, y al no obtener respuesta del Tribunal, presenta recurso de amparo que es rechazado, motivando que se presente una demanda por el daño moral ocasionado. El TS de forma sorprendente admite la pretensión, señalando que “*a una persona a quien se ha privado antijurídicamente de un derecho tan esencial como el amparo constitucional no cabe la menor duda de que se le ha causado un daño moral*”, por cuanto con ello se ha conseguido que se “*tambaleen sus creencias como ciudadano de un Estado Social y Democrático*”.

cuantificar), movidos en muchos casos por la no sustracción al sentimiento que les generan ciertos casos, o la presunción de su existencia. Esta forma de actuar supone un verdadero ejercicio de justicia social que varía según caigan los casos en uno u otro tribunal o en una u otra sala o sección, lo que se ha venido a denominar “lotería judicial”. Y es que -como veremos- la versatilidad de este concepto, su imprecisión y el gran margen de apreciación del que al respecto goza la Judicatura, suponen que la etiqueta de “daño moral” permita aligerar la tarea de valorar los daños, evitando tener que explicitar los criterios de su cuantificación económica, acogiénose a la reiterada jurisprudencia del propio T.S., según la cual tal motivación no se requiere para los daños morales. En este sentido, el estudio pone de manifiesto la presencia de arbitrariedad en todos los aspectos del daño moral; circunstancia que no se sabe si ha sido deliberadamente pretendida por el legislador (al no querer regular tales cuestiones con el propósito de que quede en manos de los juzgadores), o si se trata de un hecho provocado por la discutida existencia de una laguna en todo lo concerniente al daño moral. Hay opiniones en los dos sentidos, por lo que la polémica está servida...

Dicho lo anterior, y con el fin de situar el terreno del que procede el verdadero objeto de esta tesis, hemos de partir describiendo el escenario en el que nos situamos: la responsabilidad patrimonial sanitaria, de lo cual nos ocupamos en el **Capítulo I**. Desde el pudor que se siente ante tantos tratados que, de manera magistral, se dedican a su estudio, hemos querido evitar caer en la excesiva repetición de lo tantas veces dicho. Por ello, sólo se ha creído oportuno recordar las líneas generales de la responsabilidad patrimonial y focalizar las especialidades del ámbito sanitario, para resaltar aquellos puntos controvertidos que tienen una especial incidencia en la determinación del daño moral resarcible, como son: los problemas de la objetivización de la responsabilidad, el sentido de la antijuricidad con respecto a la prestación sanitaria, la extensión del concepto de la *lex artis*, y otras interesantes cuestiones. Entendemos necesario hacer tal repaso, no sólo por contextualizar la investigación, sino porque también nos servirá para comprobar de qué manera el daño moral quiebra en ocasiones los principios generales y los presupuestos legales del instituto de la responsabilidad patrimonial.

Una vez descrito el marco en el que nos ubicamos, desde los elementos de la responsabilidad, y en concreto desde la lesión, nos centraremos en el daño moral - primero de forma genérica y luego referido al especial sector sanitario-, en el **Capítulo II**, deteniéndonos especialmente en los problemas y las opiniones controvertidas que suscita la prueba de un daño tan subjetivo como éste. Nos parece un verdadero reto

para el Derecho intentar objetivar algo tan íntimo, que no siempre se manifiesta de la misma forma, y por ello analizaremos los remedios que se vienen empleando para superar esta dificultad. Pondremos de manifiesto, así, como en muchos casos ante el brete que supone objetivar este daño, el propio T.S. ha considerado que es a partir de los hechos causantes del daño y el conocimiento empírico de las reacciones humanas, desde donde se pueden captar los sentimientos o efectos que dichos hechos pueden causar en el perjudicado. Con ello, entendemos, se pretende dar valor a aquellos aspectos que, si bien son difusos para la percepción jurídica, son de general comprensión a ojos de la sociedad; de manera que los Tribunales parecen ser más empáticos con los pacientes y sus seres queridos, dando relevancia a sentimientos, sensaciones, emociones, etc., que antes quedaban sin respuesta. Igualmente, pondremos nuestra atención en aquellos casos en los que el daño moral parece estar utilizándose cuando la víctima no está en condiciones de acreditar el daño sufrido. Sin duda, estas circunstancias hemos de ponerlas en relación con el hecho de que el paciente haya visto incrementada su protección, reforzándose cada vez más las garantías de su autonomía de voluntad y su esfera jurídica como usuario del Servicio Público Sanitario.

Entrando en materia, y continuando con el estudio de las interesantes cuestiones que se suscitan desde la configuración del daño moral, ya en el **Capítulo III**, analizaremos la legitimación para reclamar por daño moral sanitario; no sólo entendida como un mero elemento formal en la presentación de las reclamaciones, sino como instrumento que se revela esencial para la delimitación del concepto. Y ello, por cuanto el contenido del daño reclamable va a depender, en todo caso, de quien se proclame como interesado y, a su vez, la corrección de la legitimación vendrá condicionada por el daño concreto cuya indemnización se solicite. Ello nos permitirá evidenciar que hay ocasiones en las que los Tribunales acomodan uno a otro (daño y legitimación) para dar una respuesta indemnizatoria, aunque la acción esté técnicamente mal planteada, cuando entienden que el caso es merecedor de resarcimiento por razones de justicia social o equitativa.

A continuación, en el **Capítulo IV**, aportamos nuestro personal catálogo de manifestaciones que surgen como daño moral en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria, extraídas de sentencias y dictámenes, y que van mucho más allá de los daños morales que, por ser más frecuentes, se suelen ejemplificar en los textos habitualmente consultados en esta materia (el fallecimiento, la falta de información...). Cada vez son más las formas en las que el daño se califica como moral, y hemos

pretendido recopilar un buen número de ejemplos, ofreciendo, desde casos reales, una posible clasificación del daño moral sanitario.

Dos de esas manifestaciones entendemos requieren una mayor atención y detenimiento. No sólo porque, a nuestro juicio, son los daños morales “estrella” del momento, sino porque ambas representan verdaderos paradigmas de la deformidad del concepto del daño moral y de su uso abusivo. Nos referimos a la Pérdida de Oportunidad, y a la falta de información y/o consentimiento informado.

En el **Capítulo V**, abordamos la Pérdida de Oportunidad, doctrina que si bien surgió para dar solución a los problemas de incertidumbre causal, actualmente, como veremos, ya se usa para todo y en todo momento, hasta llegar a desnaturalizar incluso la institución de la responsabilidad patrimonial. Llega a ser alarmante su creciente aplicación, y rara es ya la sentencia estimatoria que no se apoya en dicha figura. La problemática de la pérdida de oportunidad ilustra sobremanera las vicisitudes jurídicas del daño moral, siendo aquí más patente la arbitrariedad en su aplicación y en la forma en que se indemniza. Se emplea como factor de corrección de la indemnización, como teoría para establecer la relación causal ante hechos inciertos y hasta como daño moral en sí mismo aun en casos de buena praxis... Por todo lo cual, nos parece, sin duda, y sin desmerecer el resto, uno de los capítulos de mayor trascendencia, que bien merecería una tesis específica, también desde un análisis casuístico.

La falta de información y/o consentimiento informado, es objeto de análisis en el **Capítulo VI**, respecto a lo que hemos pretendido aportar nuevas apreciaciones añadidas a las que ya podemos encontrar en los abundantes textos que se han escrito al respecto. Sin poder obviar el repaso de sus orígenes y su evolución jurídica, se ha querido acentuar lo que, a nuestro juicio, supone un uso punitivo de la indemnización, ejemplificando los casos en los que incluso parece existir una graduación tácita de la “indemnización-sanción” que se impone ante su inobservancia. Es destacable, igualmente, la falta de uniformidad a la hora de indemnizar estos supuestos, observando incluso como los tribunales territoriales parecen estar yendo más allá de las líneas jurisprudenciales del Tribunal Supremo.

Y así, llegamos al final, para tratar el punto de mayor dificultad y gran caballo de batalla: la valoración y el resarcimiento del daño moral sanitario, en el **Capítulo VII**. Los problemas para cuantificar este tipo de daño son consustanciales a su naturaleza y son un verdadero escollo para todos los operadores jurídicos. Ansiando la mayor objetivación, se ha ido afianzando cada vez más el uso orientativo o referencial del

baremo aplicable para los daños ocasionados por accidentes de tráfico. Ello obliga a su estudio, aunque sea de forma escueta (pues su análisis detallado desbordaría por completo el objeto de esta tesis); en la espera de un baremo sanitario específico que no llega y que, más bien, parece haber quedado truncado en el camino. La aplicación del baremo de tráfico al daño sanitario, y sobre todo al moral, no es nada sencilla, pues no siempre tienen encaje en él este tipo de daños, llegando a veces a forzar su uso; y mientras, sigue viva la discusión de si la valoración de estos daños ha de ser exclusivamente equitativa y entregada al arbitrio judicial, sin vinculación a baremo alguno. Realmente, los Tribunales recurren indistintamente a ambos criterios, y así ejemplificaremos las distintas modalidades de indemnización y sus incoherencias. En este aspecto, hemos de tener presente la reciente entrada en vigor del nuevo baremo de tráfico y la aún escasa andadura de su aplicación, hallándonos en un momento de coexistencia del anterior y el nuevo sistema.

Entendemos que los 7 capítulos en los que se estructura el trabajo reflejan una fotografía panorámica del daño moral derivado de los actos sanitarios y de su régimen jurídico en el seno de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Esa visión general que pretendemos ofrecer, nos impide profundizar en mayor medida en múltiples cuestiones que por su importancia invitan a un estudio más minucioso, pues de lo contrario desbordaríamos el propósito de esta tesis.

En definitiva, el objetivo de esta investigación no es tanto la descripción exhaustiva de criterios dogmáticos (que ya están perfectamente desarrollados en infinidad de obras escritas); sino poner sobre la mesa, a través de ejemplos reales y aportando una visión obtenida desde la experiencia, las distintas cuestiones que se plantean entorno al daño moral sanitario y el trasfondo de su creciente aplicación. Hemos querido aprovechar la experiencia profesional como fuente de la que extraer datos empíricos, y así contribuir al análisis del daño moral desde otro punto de vista, y de una forma distinta; no ya desde la dialéctica a veces interminable de quienes sabiamente estudian e interpretan las instituciones jurídicas, sino desde la observación de la práctica y la casuística real.

El principal logro o satisfacción será, sin duda, el crecimiento personal y profesional que implica dedicar tiempo a investigar y profundizar en el estudio de la materia jurídica que viene siendo nuestro quehacer diario; y que ha supuesto un mayor estímulo y motivación en su desempeño. Pero junto a este fin personal, es también nuestro deseo generar inquietud en el resto de operadores jurídicos. Resaltando la necesidad de sistematizar criterios para ordenar la indemnización de este tipo de daño

a través de la responsabilidad patrimonial, ante el enorme caos existente, pretendemos estimular en la tarea de abordar el estudio y desarrollo de esta difusa, y cada vez más relevante figura, como un verdadero reto para el Derecho Administrativo (tanto en su vertiente normativa como en su aplicación e interpretación doctrinal). Y ello, no sólo porque a nuestro juicio se trata de un tema apasionante, sino por entender que la creciente incidencia del daño moral y su repercusión social así lo requieren.

CAPITULO I.- BREVE DESCRIPCIÓN DEL ESCENARIO: ALGUNOS APUNTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

- 1.- Orígenes y regulación
- 2.- Naturaleza jurídica de la responsabilidad patrimonial:
 - 2.1.- Características de la responsabilidad patrimonial: Directa, exclusiva, uniforme y objetiva
 - 2.2.- La desmitificación de la responsabilidad objetiva: el cisma está abierto
 - 2.3.- La responsabilidad objetiva y la Administración Sanitaria
 - 2.4.- La aplicación de la teoría de la imputación objetiva a la responsabilidad patrimonial sanitaria
- 3.- Elementos sustantivos de la responsabilidad patrimonial, con especial referencia al ámbito sanitario:
 - 3.1.- Los títulos de imputación: el papel del riesgo como criterio de imputación
 - 3.2.- La antijuricidad en la prestación sanitaria como obligación de medios:
 - 3.2.1.- La Lex Artis
 - a) Los Protocolos Médicos
 - b) la Lex Artis ad Hoc y la indicación terapéutica
 - 3.2.2.- La cláusula de los riesgos del progreso
 - 3.3.- La Relación de Causalidad:
 - a) Teoría de la Causalidad Adecuada
 - b) Teoría de la equivalencia de las condiciones o de la condición
 - c) Teoría de la probabilidad cualificada
 - d) Teoría de la pérdida de oportunidades
 - e) Teoría de la creación culposa de un riesgo
 - f) Teoría de los cursos causales no verificables
 - 3.4.- La lesión:
 - 3.4.1.- Concepto
 - 3.4.2.- Los riesgos generales de la vida o las cargas de la vida en sociedad
 - 3.4.3.- Los requisitos de la lesión:
 - a) La efectividad o certeza del daño y la prueba
 - b) Evaluable económicamente
 - c) Daño individualizado
- 4.- El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial sanitaria
- 5.- Conclusiones

1.- ORÍGENES Y REGULACIÓN

Hoy en día nos parece algo normal que el ciudadano, cada vez más exigente y mejor informado, reclame contra la Administración solicitando su responsabilidad por los perjuicios que le ocasionan sus actuaciones (dentro del fenómeno que se ha venido a denominar “cultura de reclamación”). La sociedad moderna ya no tolera ni asume un

servicio público que a su juicio resulte deficiente, lo que incluso ha llegado a ser interpretado como una “señal de progreso”⁴. Ello ha supuesto un incremento de reclamaciones que afecta a la totalidad de los sectores, si bien se ha acuciado especialmente en el ámbito sanitario⁵; donde el fenómeno reivindicatorio se ha visto favorecido, además, por el cambio en la concepción de la figura del paciente, que lejos de ser aquel sujeto sometido a las decisiones de los médicos, es hoy verdadero titular de derechos⁶, cuya observancia demanda en respuesta a la creciente reafirmación de su autonomía.⁷

Para la exigibilidad de responsabilidad por el funcionamiento de los centros sanitarios o por la actuación de sus profesionales, nuestro sistema jurídico prevé acciones en tres de sus Jurisdicciones:

- Civil: acción que se fundamenta en la obligación general de reparar los daños y perjuicios ocasionados por una conducta culpable o negligente. Se basa en el principio general de no causar daño a otro y puede alcanzar a cualquier persona por su simple condición de ciudadano. En esta Jurisdicción, cabe hacer mención también a la acción directa derivada de la Ley de Contrato de Seguro.
- Contencioso-Administrativa: en cuanto a la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública –en la que de enmarca nuestro estudio-, y que surge cuando ésta, a través de la actuación de su personal, causa un daño a un ciudadano, respecto al que no tenía deber jurídico de soportar; y
- Penal: nace de la comisión de un ilícito penal -delito o falta-, bien de forma dolosa o bien de manera culposa; es decir mediando intención o simple descuido por parte del sujeto. Es frecuente que a esta responsabilidad venga asociada la civil subsidiaria, que puede, no obstante, tener existencia

⁴ MUÑOZ MACHADO, S. (1994). Págs. 255-282.

⁵ No obstante ha de tenerse en cuenta que aunque el sector sanitario es uno de los que cuenta con mayor número de reclamaciones, lo cierto es que representan una mínima proporción en relación a la cantidad de actuaciones sanitarias que tienen lugar en los centros públicos. Así, por ejemplo, en la Comunidad de Madrid, tal y como se reflejó en la Memoria de 2014 del extinto Consejo Consultivo, basta con observar el número de asistencias en la red sanitaria madrileña del año 2013 (últimos datos de los que disponían), para comprobar que a pesar de ser tan numerosas, son en realidad mínimas www.madrid.org/ccmadrid/attachments/016_memoria2014.pdf.

⁶ En relación a la asistencia sanitaria, surgen un abanico de derechos que derivan directamente de la dignidad de la persona, cuales son los derechos fundamentales a la protección de la salud, a la vida y a la integridad física, y otros como el derecho a la intimidad, la libertad ideológica, la libertad religiosa o a los más recientes derechos del paciente relacionados con su autonomía e información.

⁷ Tal y como señala FERNANDEZ ENTRALGO, J. “a partir del comienzo del siglo XIX se inicia un movimiento de afirmación de la autonomía de la persona enferma que se enfrenta con la tradicional concepción paternalista de la figura del médico. Ahora se admite que la persona enferma tiene un poder de autodeterminación que debe ser respetado por el médico, quien no puede imponerle tratamientos coactivos, por bienintencionados que sean”. FERNANDEZ ENTRALGO, J. (2004). Págs. 155 y ss.

autónoma. Se trata no obstante de una vía en la que opera el principio de "intervención mínima", por lo que el derecho penal habría de ser la "*última ratio*" o lo que es lo mismo el último recurso a utilizar a falta de otros medios lesivos.

Con carácter sancionador y no resarcitorio, se presentan como complementarias o accesorias de las acciones expuestas, la Responsabilidad Corporativa (se exige en los casos de infracción de los patrones deontológicos bajo los cuales ha de ser ejercida la profesión médica, con motivo de la necesidad de garantizar unos mínimos niveles de ética en el desempeño de aquella, y su ámbito de exigencia son los Colegios profesionales a través de las comisiones Deontológicas); y la Responsabilidad Profesional: (se ciñe al campo disciplinario, en el que la entidad responsable de la asistencia exige al personal que de ella depende responsabilidad por acciones u omisiones indebidas de aquellos).

La elección y viabilidad de uno u otro camino va a depender de la condición del profesional cuyo acto sanitario es objeto de reproche. Así, si se trata de un profesional libre, puede verse implicado por las vías Civil, Corporativa y Penal, pero no por la Patrimonial (al ser ajeno a la estructura de la Administración) ni por la Disciplinaria (al carecer de relación de dependencia laboral). Un profesional sanitario al servicio de un centro privado tampoco podrá ser objeto de reclamación patrimonial (por la misma razón antes expuesta), aunque sí por el Profesional o Disciplinario, así como por el Civil, Corporativo o Penal.

Por el contrario, un profesional dependiente de la Sanidad Pública puede verse afectado por todas las formas expuestas, excepto por la vía Civil en la que no cabe ser demandado, dada su condición de empleado de la Administración (sin perjuicio de la acción directa ejercitable en virtud de la póliza que asegure a la Administración a la que pertenezca). Puede ser implicado en la vía Corporativa en base a su relación colegial, y alcanzarle el cauce profesional en cuanto a su condición de trabajador por cuenta ajena y puede ser demandado, además, en el campo penal por acciones u omisiones en este ámbito. Pero, también, puede verse afectado por la Responsabilidad Patrimonial, pues aunque no pueda ser demandado directamente en esta vía, si incurrió en culpa o negligencia grave que motivaron una indemnización, la Administración le podría exigir el reembolso del importe pagado por ella.

Como ya hemos referido, es el ámbito de la responsabilidad patrimonial el que aquí interesa pues es el escenario en el que se ubica nuestra investigación, por lo que dejaremos al margen el resto de acciones.

Realmente, la consagración del principio de responsabilidad patrimonial es relativamente reciente, viendo sustentada su evolución, principalmente, en las aportaciones que la jurisprudencia y la doctrina han ido introduciendo para suplir el escaso desarrollo legislativo al respecto, lo que ha sido objeto de fuertes críticas.⁸

En un principio, imperando el principio de irresponsabilidad propio de la soberanía absolutista (bajo el criterio de que el Rey -figura suprema y privilegiada- como personificación del Estado no podía equivocarse), la Administración no respondía por los daños que causaba a través de sus empleados, lo que justificaba que no existiese norma alguna que contemplara tal responsabilidad.⁹ Incluso más adelante, frente a la regulación y protección formal de los ciudadanos ante la expropiación forzosa de la Ley de 10 de Enero de 1879, era patente, sin embargo, la falta de garantías ante cualquier daño que la Administración pudiera ocasionar a sus administrados con motivo de sus actos. De tal manera que, sólo a través del Código Civil, en sus arts. 1902 y 1903, se consagraba el principio general de responsabilidad de las personas que, con su acción u omisión, causaran daño a otra interviniendo culpa o negligencia, ampliándose a los actos de aquellos sujetos de los que se debiera responder, con especificación de que: *“El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior”*.¹⁰

Con la Ley de 5 de Abril de 1904, de Responsabilidad Civil de los Funcionarios (no derogada hasta 1999, a pesar de que su inaplicación ya había tenido lugar muchos años antes), y su Reglamento de 23 de Septiembre de 1904 se regula la responsabilidad de los funcionarios, pero no de la Administración. Se admiten entonces algunos supuestos de culpa indemnizable, cuya repercusión económica se

⁸ Este pensamiento disidente tiene su exponente en PANTALEON PRIETO, que señala que el enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial habría de llevarse a cabo a la luz de los presupuestos establecidos por el Legislador, y no siguiendo las interpretaciones judiciales, a fin de evitar que con ello acabe siendo el Poder Judicial el que decida la distribución del Presupuesto General del Estado. PANTALEON PRIETO, F. (1994). Pág. 249.

⁹ Es el principio conocido como *“The king can do no wrong”*. GARCIA DE ENTERRIA, E. (1998) Pág. 353.

¹⁰ Cabe preguntarse quién era ese agente especial, de la misma forma que lo hace Luís Martín Rebollo con gran sentido del humor, respondiendo que se trata de *“un extraño personaje que nadie conocía”*. MARTIN REBOLLO, L. (2000). Pág. 283.

atribuía al empleado público y no a la Administración de la que dependía, al no ser aún aceptada la teoría de la personalidad jurídica de ésta.

Posteriormente, con la Constitución Republicana de 1931, se establece la responsabilidad de la Administración de forma subsidiaria, es decir cuando un empleado suyo, declarado responsable de un daño, resultase insolvente. Si bien, pese a existir en ese momento tal posibilidad normativa no se pondría en práctica la exigencia de dicha responsabilidad hasta bastante tiempo después.¹¹

Ya con la Ley de Régimen Local de 16 de Diciembre de 1950 se introduce el principio general de la responsabilidad civil de la Administración en el ámbito local, recogiendo expresamente en su art. 405 la responsabilidad civil directa o subsidiaria de las entidades locales, respecto a los perjuicios y daños irrogados al derecho de los particulares por la actuación de sus órganos de gobierno o funcionarios en el ejercicio de sus funciones.¹²

Considerada excepcional en ese momento la responsabilidad de la Administración, no es hasta 1954 con la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de Diciembre, cuando forzada por los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales previos, se implanta y se normativiza un nuevo sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones que se configura como objetiva y directa¹³ (germen de nuestra regulación actual), emparentando expropiación y responsabilidad patrimonial, como garantía integral del patrimonio del ciudadano.¹⁴ De tal forma que, ante el daño con relevancia jurídica y para la tutela de los intereses que puedan ser lesionados, el Ordenamiento Jurídico establece dos mecanismos de respuesta:

¹¹ La STS (Sala 3ª) de 22 de Diciembre de 1997 expone de forma sistemática esta evolución de la responsabilidad patrimonial, recogiendo su positivación en nuestro Ordenamiento, a través de las distintas leyes y reglamentos.

¹² Se reconoce ya en esta ley, en su art. 410.1, la posibilidad de que la Administración pueda ejercer la acción de regreso contra las personas a su servicio; manteniéndose inalterada la redacción en el posterior Texto Articulado y Refundido de la LBRL aprobada por Decreto de 24 de junio de 1955.

¹³ El art. 121 LEF establece que: *"Dará también lugar a indemnización (...) toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de la responsabilidad que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo"*; añadiendo el art. 122.1 que el daño habrá de ser efectivo, evaluado económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

¹⁴ Conjunción que se justifica por tratarse ambas de supuestos de privación para el administrado, que generan la obligación de respetar el patrimonio de los ciudadanos, en cumplimiento del principio de garantía patrimonial. En el primero, el particular recibe una indemnización por un quebranto económico que está obligado a soportar, mientras que en el segundo la indemnización trae su causa en la inexistencia de dicha obligación.

a) Justificando el sacrificio de uno de los intereses en juego en beneficio del otro, a cambio de una compensación a favor del titular del interés sacrificado (como ocurre, en la expropiación forzosa). En este caso, nos encontramos ante un detrimento o daño que, aun no siendo antijurídico, sí resulta relevante para el Derecho, al permitir éste a cambio de tutelar el interés dañado con una compensación económica.

b) Calificando de ilegítimo el detrimento de uno de los intereses en juego, de tal modo que frente a su lesión, como ilícita que es, reacciona el Ordenamiento jurídico con las consecuencias que pueden hacerse efectivas mediante las correspondientes acciones preventivas, inhibitorias o reparadoras del daño. Este último es el daño antijurídico, el que interesa a los efectos de la responsabilidad patrimonial; puesto que es el que da lugar a la respuesta indemnizatoria del Ordenamiento, que se concreta en el nacimiento de una obligación a cargo de la Administración, cual es la de reparar el daño causado, siempre que concurren los presupuestos legalmente establecidos, que trataremos a continuación.

Queda establecido, por tanto ya, en la LEF (aunque sólo en relación con los daños patrimoniales) el instituto resarcitorio en cuanto al funcionamiento de los servicios públicos que puede ocasionar una “*secuela incidental de daños residuales*”, como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley.¹⁵ No obstante, lo cierto es que el nuevo estado tardó en ser asumido por los Tribunales, anclados en un sistema en el que no era habitual declarar la responsabilidad de la Administración Pública, por lo que fue necesario el transcurso del tiempo y sucesivos avatares para que se pusiera en práctica la regulación establecida.

Con la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE) de 1957 se mejora la regulación de la LEF, incluyendo la fuerza mayor como causa de exoneración de la responsabilidad, y se contempla la dualidad de jurisdicciones (contencioso-administrativa o civil) para conocer esta materia –como ya había referido la Ley de Régimen Local, dependiendo del carácter público o privado del servicio causante del perjuicio-, lo que en la práctica derivó en una indebida libertad para optar por una u otra vía pese a que dicha posibilidad de elección no fuera lo que establecía la normativa.

¹⁵ En este sentido, GARCIA DE ENTERRIA, E. (1998). Pág. 352.

Pero, sin duda, la gran consagración jurídica¹⁶ de la responsabilidad patrimonial tiene lugar con la Constitución Española de 1978, en cuyo art. 106.1, recogiendo la regulación de la LRJAE y LEF, dispone que:

“Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Por su parte, el art. 149.1.18 del texto constitucional atribuye de forma exclusiva al Estado la competencia para dictar la legislación sobre responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones Públicas. Esta previsión constitucional más tarde daría como resultado su regulación legal en los arts. 139 y siguientes de la anterior Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPPC) -con una importante reforma introducida con la Ley 4/1999, de 13 de enero-, y su desarrollo a través del Reglamento de los Procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo), no sólo en cuanto al procedimiento de reclamación, sino también en relación con el estándar de responsabilidad que se aplica.

En la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con base en lo dispuesto en los arts. 40 y 41 de la anterior LRJAE de 1957, se establece el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos¹⁷ y se trate de un daño que cumpla con los requisitos de ser efectivo, evaluable e individualizado con relación a una persona o grupo de personas, que el administrado no tenga obligación jurídica de soportar. Esta regulación se ha

¹⁶ Aunque, más que consagración se trata de la elevación al rango constitucional de la institución, tal y como explica la STS de la Sala 3ª de 4 de Enero de 1991: “El art. 106.2 de la CE ha constitucionalizado los resultados ya alcanzados, a nivel de Ley Ordinaria por nuestro derecho positivo (art. 121 de la LEF y art. 40 de la LRJAE) que consagran la responsabilidad de los entes administrativos y su obligación de indemnizar a los particulares por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal o el no funcionamiento de los servicios públicos, habiendo hecho aplicación muy reiterada de estos principios la jurisprudencia...”. Refrendo constitucional que, en opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN-FERNÁNDEZ, dio pie en un primer momento a algunos excesos de la jurisprudencia sobre todo en el ámbito sanitario, donde se ha exagerado, deformándolo, el alcance de la cláusula general de responsabilidad, siendo objeto de críticas, matizaciones y ajustes diversos. GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON-FERNANDEZ, T. (2000). Pág. 377.

¹⁷ A los fines del art. 106 de la CE, la Jurisprudencia ha homologado como servicio público, toda actuación de la Administración con independencia de que se realice de forma directa o indirecta a través de conciertos, contratos u otras fórmulas (STSS Sala 3ª, de 5 de Junio de 1989 y 22 de Marzo de 1995).

mantenido con la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (Ley 40/2015, de 1 de Octubre), en sus arts. 32 y 34, que parece haber desaprovechado la ocasión de matizar o introducir mayores precisiones a un régimen jurídico ya añoso.

Frente al escaso desarrollo normativo (son pocos los artículos de la Ley 30/1992 que se dedican a la regulación de la responsabilidad patrimonial y su Reglamento se centra más bien en el procedimiento para su reconocimiento, y las nuevas LRJSP y LPAC de 2015 tampoco añaden mayor detalle) existe al respecto una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto de su Sala de lo Contencioso-Administrativo como de la Sala de lo Civil.¹⁸ Más adecuada parece la jurisprudencia procedente de la primera de esas dos Salas, por cuanto buen número de sus sentencias resuelven recursos contencioso-administrativos contra desestimaciones de reclamaciones de responsabilidad administrativa. Pero lo cierto es que en lo relativo a los principios jurídicos básicos de la responsabilidad, es también de gran interés la fundamentación que se encuentra en las sentencias de la Sala de lo Civil del Alto Tribunal. Y ello por cuanto esta Sala ha conocido de casos en que las demandas se interponían frente a organismos públicos como demandados únicos o en litisconsorcio pasivo, antes de que se fijara la exclusividad de la jurisdicción contencioso-administrativa en esta materia¹⁹, que puso fin al “peregrinaje de jurisdicciones” (propiciado al reclamar los distintos órdenes para sí el conocimiento de la responsabilidad de la Administración)²⁰.

¹⁸ El desarrollo jurisprudencial se ha visto considerablemente mermado, con motivo de las restricciones para acudir a casación introducidas por la Ley 37/1011, de 10 de Octubre, de medidas de agilización procesal que modificó el art. 86.2 b) de la LJCA, excluyendo de esta vía las sentencias recaídas cuya cuantía no exceda de 600.000€. Esta limitación ha ocasionado que sólo un pequeño porcentaje de casos pudieran ser enjuiciados por el Tribunal Supremo, malogrando así una jurisprudencia evolutiva y progresiva tan necesaria para el desarrollo de un sistema al que el legislador no le ha prestado la necesaria dedicación. Acertadamente, dicha limitación ha sido suprimida por la LO 7/2015, de 21 de Julio de modificación de la LOPJ, sustituyendo el criterio económico por el concepto de “interés casacional”, esperando que con ello se posibilite la necesaria labor unificadora de la jurisprudencia del TS.

¹⁹ Con la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, aunque es respetuosa con la anterior Ley de 27 de Diciembre de 1956, se incorporan importantes novedades motivadas por la nefasta situación en la que se encontraban los Tribunales, ampliándose el ámbito de dicha jurisdicción al traspasarse a la misma las competencias para enjuiciar la responsabilidad patrimonial de la Administración con excepción de la derivada de delito. Más tarde, la Ley 4/1999, de 13 de enero de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre unifica el sistema de responsabilidad para las actuaciones en régimen de derecho público o privado y elimina la mención de la responsabilidad civil del personal, derogando la Ley de 5 de abril de 1904 y el RD de 23 de Septiembre de 1904, relativos a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos.

²⁰ Tal y como afirma DAGNINO GUERRA, actualmente, es inapelable que se ha producido una unificación del fuero procesal, con independencia del régimen jurídico público o privado a favor del administrado y, en este sentido, lo afirma la LJCA en su art. 2 al establecer: “... *el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con... la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o tipo de relación de que se derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccional civil o social*”. DAGNINO GUERRA, A. (2002). Pág. 57.

Hoy en día, nuestro sistema de responsabilidad patrimonial es calificado como el régimen jurídico más protector del ciudadano en el ámbito europeo, siendo igualmente excepcional el hecho de que sea la jurisdicción contenciosa-administrativa la reservada para la responsabilidad extracontractual de la Administración, cuando en los Derechos alemán e, italiano y en algunos supuestos en el francés, es la civil la vía procedente.²¹ Dentro de dicho régimen, es sin duda el campo de la sanidad donde esta institución más se ha perfilado y depurado, constituyendo un auténtico “banco de pruebas” que sirve para que la responsabilidad en este ámbito marque el camino del régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración en general.²²

Las consideraciones expuestas se hacen más evidentes al hablar del daño moral sanitario, por cuanto, como veremos en este trabajo, es en este ámbito donde vamos a evidenciar el creciente proteccionismo de los Tribunales con respecto al paciente, y el desarrollo más bien desordenado de la responsabilidad patrimonial sanitaria en el caso de estos perjuicios morales.

2.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL:

2.1.- CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: DIRECTA, EXCLUSIVA, UNIFORME Y OBJETIVA

Junto al discutido carácter objetivo -en el que nos detendremos más adelante-, la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene además las siguientes características, que la hacen ser diferente de la responsabilidad civil extracontractual del art. 1902 del CC.:

- **Directa:** Tal y como disponía el art. 145 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, y ahora el art. 32 de la Ley 10/2015, de 1 de Octubre, para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y el personal a su servicio. Es decir, la Administración ya no responde subsidiariamente, como lo hacía en los inicios, sino que lo hace de forma directa; por lo que no es preciso que el perjudicado se dirija contra la persona física causante material del daño, sino ante la Administración Pública de la que aquella depende (quien podrá a su vez ejercer la acción de

²¹ En este sentido, PANTALEON PRIETO, F. (1994). Pág. 1.

²² SUAY RINCON, J. (2013). Pág. 44.

regreso para exigir la responsabilidad, en su caso, al empleado público que ha sido autor material del mismo)²³. Así pues, no es posible demandar directamente al empleado público, más que en la vía penal, persiguiendo su responsabilidad personal.

- Exclusiva: En relación con lo anterior, la persona que sufre un daño derivado del funcionamiento de la Administración sólo puede actuar contra ésta y no sobre el agente o funcionario que le ha causado el daño. Para paliar esta exclusividad, se prevé la posibilidad de una acción de repetición de la Administración Pública contra el personal a su servicio en casos de dolo o culpa grave; de forma que es ésta, una vez pagada la indemnización, quien podría dirigirse contra el profesional responsable.²⁴ No obstante, como decíamos, lo cierto es que no es habitual que la Administración repita contra sus empleados, resultando ser una acción que ha permanecido prácticamente inédita²⁵ limitándose a incoar un procedimiento disciplinario en excepcionales supuestos; lo que ha sido criticado, por entender que fomenta una insana irresponsabilidad de los agentes públicos que conlleva un peor control y depuración de los Servicios Públicos²⁶.
- Uniforme o unitaria: La regulación de la responsabilidad patrimonial, tanto en su construcción como en su procedimiento, es idéntica para todo tipo de sujetos y para todo tipo de actuaciones lesivas que sean imputables a la Administración, sin que exista diversidad de regímenes en función del tipo de riesgo o del sector de

²³ El hecho de que la Administración responda en primer término de los daños causados por sus empleados trae causa en la garantía de resarcimiento del particular frente a una eventual insolvencia del trabajador. Si bien se ha apuntado la necesidad de compensar esa reducción de las posibilidades de reclamar contra el empleado con una mayor utilización de la acción de regreso, lo cierto es que no se lleva a la práctica. MIR PUIGPELAT, O. (2006). Pág. 6.

²⁴ Aunque la anterior Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, en el apartado 2 del artículo 145, antes citado, disponía dicha acción contra el personal como un mandato para la Administración en los casos de dolo, culpa o negligencia graves al señalar que: *"la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca"*, su desarrollo a través del Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial, en el párrafo segundo del art. 19, lo regulaba como una potestad de la Administración, quedando a su elección ejercerla, al disponer: (...) *Satisfecha la indemnización, la Administración correspondiente podrá exigir de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento regulado en el art. 21 de este Reglamento*". Con la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, en su art. 36 se ha venido a reproducir el carácter obligado de dicha acción, aunque todo hace prever que seguirá siendo algo inusual.

²⁵ Ello ha justificado que por algún autor se haya llegado a calificar la acción de regreso como elemento decorativo, comparándolo con *"un bonito florero"*, que por no ser real en la práctica convendría eliminar *"de iure"*. DOMENECH PASCUAL, G. (2008). Págs. 8 y 16.

²⁶ Son muchas las críticas vertidas al respecto por el recalcitrante desuso de esta acción, y varias e interesantes las posibles razones que se ofrecen para justificarlo tanto de índole práctico (para evitar problemas de relaciones con los empleados y sindicatos, porque supone un menor coste que tener que incrementar los sueldos de los funcionarios para que puedan asumir económicamente su responsabilidad, influyendo también de un modo disuasorio el hecho de que en las pólizas de seguro de responsabilidad que suscriben las distintas Administraciones Sanitarias no se contemple la posibilidad del asegurador de subrogarse en esta acción de repetición) como jurídico (no se han establecido mecanismos coercitivos o de instrumentalización de esta vía en las distintas Administraciones).

actividad (sanidad, educación, infraestructuras, policía, etc.). Se trata además de un régimen general que se aplica a toda actuación administrativa, y a la Administración en cualquiera de sus formas. Sin embargo, la peculiaridad del Servicio Sanitario, que recae sobre algo tan primordial como la salud y la enfermedad, exige interpretar ese régimen general teniendo en consideración las importantes particularidades que ofrece, tal y como veremos a lo largo de este trabajo.

- Objetiva: Como es sabido, en nuestro sistema jurídico, la responsabilidad patrimonial viene configurada con un carácter objetivo, de forma que, fundamentalmente, ha de demostrarse la existencia de la lesión y del nexo de causalidad entre la actuación (acción u omisión) de la Administración y ese efecto lesivo. A diferencia de la responsabilidad penal, no se precisa pues la existencia de dolo o culpa, ni tampoco culpa o negligencia como requiere la responsabilidad civil; surgiendo por tanto la responsabilidad, con independencia de la reprobabilidad de la conducta causante de la lesión, de forma que su antijuricidad se produce por la mera inexistencia en el perjudicado del deber jurídico de soportarlo²⁷.

No obstante, y dado que estamos ante una responsabilidad de la Administración y no de las personas que la integran, ha de matizarse que esta aludida objetivación alcanza únicamente a aquella en sus distintos ámbitos y formas, como titular de los servicios públicos sanitarios, pero no a los empleados que la integran, cuya responsabilidad se enjuicia desde la culpa en la vía civil y penal.²⁸

La objetivación de la responsabilidad se introduce en la legislación española a partir de mediados del siglo XX, concretamente, a través de la LEF de 1954, al establecerse que dará lugar a indemnización toda lesión que los particulares sufran en los bienes o derechos a que esta Ley se refiere, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, con independencia de que haya sido normal o anormal. Esta configuración se ha arrastrado en los posteriores textos legales hasta nuestros días.

²⁷ Explicativa de tal extremo, podemos citar, entre otras, la STS de 9 de marzo de 1998 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo: *“La responsabilidad de la Administración se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquella se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado (...) Esta fundamental característica impone que no sólo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos”*.

²⁸ PEMAN GAVIN, J. (1994). Pág. 285.

Realmente, con anterioridad a dichas leyes, los Tribunales venían haciéndose partícipes de las tendencias objetivadoras de la responsabilidad, especialmente a partir de la STS de 10 de Julio de 1943 (en la que se dilucida la responsabilidad de un conductor que atropella a un ciclista que circula por la derecha, tras no cederle el paso). Dicha sentencia supone un giro importantísimo en cuanto a la carga de la prueba, al invertirla para los casos en que resulte evidente un hecho que por sí solo determine probabilidad de culpa; añadiéndose que puede presumirse ésta y cargar el autor del daño con la obligación de desvirtuar tal presunción. Con sus mismos argumentos, siguieron numerosas sentencias favorables a los perjudicados, que les descargaban de la obligación de tener que acreditar la culpa del causante del daño, sucediéndose nuevos pronunciamientos en los que se fue modificando la concepción de otro de los elementos de la responsabilidad objetiva, como es la antijuricidad, con apoyo en lo dispuesto en el art. 1104 CC. Los propios Tribunales vienen a reconocer, entonces, hallarse en una fase intermedia entre el sistema de responsabilidad por culpa y el de responsabilidad objetiva, poniéndose de manifiesto el creciente protagonismo de esta última en sentencias como la ilustrativa STS (Sala 1ª) de 14 de Mayo de 1963, en la que llega a calificarse como “*aspiración en la evolución del Derecho Moderno*”.²⁹

Para esa aproximación hacia la objetivación, se hace uso de varios criterios³⁰:

- a) La inversión de la carga de la prueba, obligando al demandado a probar que había adoptado las medidas necesarias para evitar la causación del daño.
- b) El juicio de previsibilidad: cuando una determinada actividad es susceptible de generar una situación de riesgo, el sujeto que lo crea debe prever las posibles consecuencias dañosas que puedan derivarse y adoptar las medidas de precaución necesarias para evitar las consecuencias.³¹
- c) La introducción del criterio de riesgo: entendiendo que quien saca provecho de los beneficios producidos por determinadas actividades, debe asumir el riesgo que comportan, viéndose obligado a probar que actuó diligentemente.

²⁹ En ese sentido, ya la STS de 14 de Mayo de 1963 señalaba lo siguiente: “*Es una aspiración, en la evolución del Derecho moderno, que el hombre responda de todo daño, incluso del no culpable, que sobrevenga a consecuencia de su actuar o de las cosas que le pertenecen o están bajo su guardia, aunque haya procedido con la necesaria previsión y prudencia, hallándose en plena elaboración la delimitación de esos casos que ya se van abriendo paso en algunos Códigos más progresivos: teoría de la responsabilidad sin culpa, del daño objetivo, del riesgo jurídico o de la causalidad*”.

³⁰ En el ámbito civil, si bien se ha optado teóricamente por un sistema subjetivo basado en la culpa, admite los criterios objetivos como imputación en los siguientes casos: actividades intrínsecamente peligrosas (como el tráfico), actividades empresariales, desigualdades de las partes ante el mismo riesgo (accidentes laborales), y bienes especialmente vulnerables.

³¹ STS (Sala 1ª) núm. 1892/99, de 18 de Marzo de 1999.

De esta forma, podemos observar que el principio de responsabilidad objetiva de la Administración constituye una adaptación de los principios civiles de la responsabilidad extracontractual a la estructura y naturaleza de las actividades propias de la Administración; centrando su título de imputación en la antijuricidad o ilicitud del daño, y no sobre el test de culpabilidad que, si bien es apto para calibrar la conducta del sujeto individual, no lo es cuando se trata de la responsabilidad de una entidad abstracta, como es un órgano administrativo.³²

Principal nota de identidad de la responsabilidad objetiva es, por tanto, que no se trata de una responsabilidad por culpa o negligencia, por cuanto, se indemniza aquel daño causado por la Administración que el particular no tiene la obligación jurídica de soportar, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos tanto si ha sido anormal o normal. Puede decirse así que, en este ámbito, no se enjuician conductas sino los daños que ocasionan las mismas. Sin embargo, como pondremos de manifiesto más adelante, no es lo que se aprecia en la práctica, donde se observa como, en algunos casos, más que indemnizar perjuicios se castigan las actuaciones de los profesionales sanitarios (sobre todo, en lo referido a los daños morales); midiendo no ya el daño sino el grado de culpa o la entidad de la infracción de la *lex artis* cometida por el personal sanitario.

Debemos preguntarnos, entonces, ¿a qué se refiere la Ley al hablar de los daños ocasionados por el funcionamiento normal o anormal de la Administración?:

Dentro de funcionamiento anormal, es claro que debemos entender incluidos los supuestos en que la Administración ha actuado de forma inadecuada y en consecuencia produce un daño (entendiendo en ello tanto la inexistencia del servicio mismo como su funcionamiento defectuoso, bien por ser tardío o por debajo de la diligencia exigible); y sin que tal inadecuación equivalga a la existencia de dolo, culpa o ilegalidad³³, sino a la infracción de los estándares medios admisibles de rendimiento y calidad de los Servicios.

Por su parte, el funcionamiento normal alude principalmente a los daños producidos por una actividad perfectamente lícita de forma involuntaria, o al menos con una voluntad meramente incidental, no directamente dirigida a producirlos y, en definitiva,

³² XIOL RIOS, J.A. (2002) Pág. 2.

³³ SANTAMARIA PASTOR, J. (2009). Págs. 497 y 498.

los resultantes del riesgo creado por la existencia misma de ciertos servicios³⁴. Son, principalmente, el enriquecimiento sin título y los supuestos de responsabilidad por riesgo que deriva de la propia existencia de la Administración.³⁵ La responsabilidad por funcionamiento normal se fundamenta, así, en el riesgo creado por el Servicio Público, siempre que mediando la necesaria relación causal se asuman sus consecuencias por la Administración en interés o beneficio de la colectividad. No obstante, teniendo en cuenta la singularidad de la asistencia sanitaria -donde el riesgo no es un factor tan excepcional como en otros ámbitos, sino más bien consustancial a este servicio público-, dicho criterio ha de ser cuidadosamente ponderado en este sector si no se quiere que la responsabilidad objetiva se convierta en un mecanismo de socialización del riesgo³⁶. De manera que tal responsabilidad no alcanzará a los daños que sufren los particulares, cuando su causa eficiente proviene de su enfermedad o estado de salud, ni cuando el acto médico se realiza en su interés de forma correcta (normal).

La responsabilidad regulada de esta forma, y siguiendo este criterio objetivo, implica que la regla teórica sea la obligación de indemnizar ante cualquier daño, y la excepción que la Administración pueda eximirse de dicha responsabilidad si concurre alguno de los supuestos tasados de exoneración. De forma que queda enervada la obligación de reparar al concurrir una causa de justificación expresa y concreta que constituya título /jurídico legitimador del perjuicio causado que obliga al particular a soportarlo. Sin embargo, la eficacia de tales causas de justificación sólo cabe en los casos de daños ocasionados en un funcionamiento normal, y no en actuaciones anormales (donde sólo serviría para eximir de responsabilidad a la Administración la fuerza mayor y los riesgos del desarrollo inherentes a las limitaciones de la ciencia).³⁷ Por el contrario, con la teoría culpabilista, sólo habría obligación de soportar el daño cuando no haya sido motivado por culpa o negligencia, excluyéndose, por tanto, el daño accidental.

Las repercusiones de esta configuración objetiva y los peligros que se advierten por los estudiosos de la materia merecen un epígrafe específico. Y es que, si de por sí el sistema presenta importantes inconvenientes, no podemos perder de vista que se trata de un instituto de aplicación general a todos los ámbitos de actuación de la

³⁴ SJCA núm. 231/2016, de 30 de junio de 2016.

³⁵ GARCIA ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ precisan que el riesgo no es el fundamento de todos los supuestos de responsabilidad por funcionamiento normal, sino sólo aquellos en los que medie caso fortuito, así como aquellos otros en que el daño haya sido producido por una actuación personal de un agente realizada al margen del servicio, pero propiciada por la propia organización dada al servicio que ha creado un riesgo que ocasiona el daño. GARCIA DE ENTERRIA (2007) Págs. 207, 212 y 215-216.

³⁶ VILLAR ROJAS, F.J. (1996) Pág. 31.

³⁷ VILLAR ROJAS, F.J. (1996) Pág. 36.

Administración; lo que resulta imposible o por lo menos muy difícil en sectores como el sanitario, dada la especial naturaleza de la medicina donde el factor humano es tan determinante.

2.2.-LA DESMITIFICACION DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA: EL CISMA ESTA ABIERTO

La responsabilidad de la Administración supuso, como decíamos, una verdadera conquista del Derecho Público, y si bien en su nacimiento fue configurada como un sistema general y objetivo en el afán de velar por la mayor garantía de los intereses generales; lo cierto es que, con el tiempo, se ha puesto de manifiesto con insistencia la necesidad de revisar o “repensar”³⁸ la misma, incluso por los propios padres de la legendaria institución.

Como hemos visto, con la vigente regulación, literalmente³⁹, es título de imputación el propio servicio público de las Administraciones Públicas, sea por funcionamiento normal o anormal; es decir, con independencia de que la conducta sea lícita o no, o que se haya prestado o no dentro de los estándares mínimos de calidad o exigibilidad, o si se han vulnerado las normas técnicas aplicables al caso.⁴⁰ Sin embargo, el hecho de que no se separen esos supuestos normales de los anormales para determinar la responsabilidad patrimonial es totalmente rechazado por autores como PANTALEÓN.⁴¹ Y es que, con los anteojos de un civilista, parece que no podría ser de otra manera. Pero lo cierto es que iguales interrogantes se nos plantean sin dichas lentes: ¿Cómo es posible que se pueda reclamar a la Administración una indemnización por daños, con independencia de que su actuación haya sido o no correcta? ¿Por qué se impone a la Administración, sabiendo lo limitado de sus recursos, la tan gravosa carga de responder de todos sus actos, aunque no sean contrarios a ninguna norma jurídica o técnica? ¿Por qué se coloca en el mismo rasero un servicio que ha funcionado con normalidad con otro que ha sido anormal? ¿Por qué

³⁸ En palabras de Pantaleón, dando título a una de sus publicaciones. PANTALEON PRIETO, F. (2000).

³⁹ Decimos “literalmente” porque como examinaremos a continuación, en la práctica no es tal su interpretación.

⁴⁰ Mientras que la determinación de responsabilidad por funcionamiento anormal no suele presentar dificultades (no existe duda alguna cuando se interviene de una pierna equivocada o cuando se administra un medicamento constando que el paciente es alérgico, o cuando se interpreta erróneamente una prueba de imagen...); no ocurre así con el enjuiciamiento de los casos en los que el funcionamiento normal de los Servicios Públicos origina el deber de indemnizar de la Administración, constituyendo una decisión que escasamente ha sido adoptada por los Tribunales y que ha generado reacciones negativas ante la doctrina. LOPEZ CANDELA, J. (2008). Pág. 91.

⁴¹ Señala el autor “... me parece profundamente erróneo parificar a efectos de responsabilidad de la Administración funcionamiento normal con funcionamiento anormal de los servicios públicos, en el sentido de que tanto el uno como el otro reclamen con carácter general la indemnización de los daños que ocasionen...” PANTALEON PRIETO, F. (1994). Pág. 247-250.

se enjuicia un acto sanitario de forma distinta, dependiendo de si se ha llevado a cabo en una clínica privada (por culpa) o en un centro público (por el resultado)? ¿No debería poder exigirse más a una clínica privada en la que se paga el servicio con precio de mercado que a un servicio público sufragado con ingresos públicos?⁴²

De hecho, por dicho autor y sus seguidores, se viene poniendo de manifiesto que, hoy por hoy, la Administración ya sostiene un sistema de responsabilidad carísimo, alarmándonos a pensar que si los Tribunales dieran plenos efectos a la objetivación de la responsabilidad el resultado sería explosivo, al no poder asumir un coste tan astronómico.⁴³

Junto a esas razones de índole económica, nada desdeñables teniendo en cuenta que la responsabilidad patrimonial se traduce en dinero de las arcas públicas (bien sea por pago directo de las indemnizaciones o bien por el abono de las pólizas de aseguramiento de la responsabilidad), PANTALEÓN fundamenta también su postura desde argumentos técnico-jurídicos como son:

- El funcionamiento normal debe conectarse con el principio de igualdad ante las cargas públicas (previsto en el art. 31.1 C.E.)⁴⁴, por lo que la responsabilidad en este supuesto debería restringirse a los llamados “daños cuasi expropiatorios o de sacrificio”. Estos daños son consecuencia inmediata de actuaciones administrativas lícitas de las que los daños aparecen como secuencia connatural, representando para quien los padece un sacrificio individualizado que no le sea exigible soportar, y por los que deben ser indemnizados.⁴⁵

⁴² Pantaleón suscita tan famosa crítica a raíz de la famosa STS (Sala 3ª) de 14 de Junio de 1999, donde la responsabilidad objetiva se lleva al límite, al condenar al INSALUD por los daños ocasionados a un paciente, pese a ser técnicamente irreproachable la asistencia que se le dispensó. Partiendo del análisis de dicha sentencia, ante lo alarmante de sus consecuencias, se rebela contra el sistema principalmente por razones de política económica, por entender que un país como el nuestro no se puede permitir el sostenimiento de un régimen tan amplio. PANTALEÓN PRIETO, F. (1994).

⁴³ Por el contrario, otros autores no aprecian tan grave situación, entendiendo que el régimen se mantiene dentro de unos límites razonables y que los requisitos generales de causalidad e imputación resultan suficientes para deslindar adecuadamente la esfera del daño resarcible en el ámbito sanitario. PEMAN GABIN, J. (1998). Pág. 328.

⁴⁴ Con el mismo criterio, GARRIDO FALLA, F. y FERNANDEZ PASTRANA, J.M. (1993). Pág. 324.

⁴⁵ Este es el fundamento principal de algunas sentencias como la STS Sala 3ª de 9 de Octubre de 2012, sobre la reclamación por las secuelas derivadas del Síndrome *Guillain-Barre* ocasionado tras ser vacunado el recurrente de la gripe. Se establece que la obligación de soportar el daño no puede imputarse al perjudicado, al no tener el deber jurídico de soportar el riesgo que objetivamente debe asumir la sociedad en virtud del principio de solidaridad en las campañas de vacunación (el síndrome es infrecuente pero previsible). Y, dado que éstas persiguen objetivos de salud pública para la disminución de incidencia o erradicación de las enfermedades como la gripe, y que una información excesiva de los riesgos de la vacunación podría ser un factor disuasorio a la adhesión de la campaña, cuyo éxito requiere de la máxima cobertura, justifica que la sociedad debe soportar los perjuicios, con el fin de lograr un mejor

- Deben excluirse los llamados daños producto de accidente, pues en estos casos una responsabilidad objetiva generalizada sería económicamente insoportable y totalmente contraria a la justicia.

Además, se han sumado otros razonamientos contrarios a la responsabilidad objetiva global como son:⁴⁶

- No existe razón alguna que justifique el hecho de que la Administración esté sujeta a un régimen objetivo y que sin embargo los sujetos privados (sean persona física o jurídica), lo estén a un régimen culposos.
- Si bien el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración se justifica por sus defensores entendiendo que ha de responder de tal forma quien crea un riesgo especial; lo cierto es que, con carácter general, no parece que la actuación pública sea intrínsecamente peligrosa, por lo que no resulta lógica una generalización de ese carácter a todas las actividades de la Administración sin distinción.
- El sistema español es el único de la Unión Europea en el que la responsabilidad patrimonial se configura de forma globalmente objetiva con carácter general (en el resto de Estados miembros la regla general es que sólo se responda por dolo o culpa, siendo excepcional algún supuesto de responsabilidad objetiva).
- Realmente, la Constitución Española, en sus arts. 9.3 y 106.2 no impone que la responsabilidad patrimonial haya de ser globalmente objetiva, pues tales preceptos aluden al “funcionamiento de los servicios públicos” (sin precisar que sea normal o anormal)⁴⁷ y se remiten ampliamente a “los términos establecidos en la Ley” para el desarrollo de esta institución; lo que habría permitido que el legislativo se hubiera decantado por un sistema más restringido y no tan excesivo como el actual.
- Si se responde de igual forma por una actuación correcta que por una que no lo es, se pierde la función de control de la responsabilidad patrimonial como detector de deficiencias en el funcionamiento de los Servicios Públicos, privándose de un importante instrumento para mejorar la calidad de los mismos.

reparto de beneficios y cargas. Establecida la relación causal entre la vacuna y el síndrome, el Tribunal reconoce al perjudicado una indemnización de 468.699,42€.

⁴⁶ MIR PUIGPELAT, O. (2004). Pág. 5.

⁴⁷ SANCHEZ GARCIA, M. (2013). Pág. 192.

- El sistema objetivo, aunque pueda aparentar lo contrario, no resulta más solidario con los desfavorecidos que el sistema por culpa, pues al tener en cuenta sólo el daño, no se valoran factores como la situación personal del perjudicado (circunstancias sociales, familiares, económicas, etc.), indemnizando de la misma forma al más necesitado que al que no lo está, lo que no resulta distributivo de la riqueza.

Estos argumentos -con los que coincidimos- nos acercan más, por su racionalidad, a los parámetros civiles a la hora de pensar en un futuro sistema de responsabilidad patrimonial⁴⁸, lejos del pretendido régimen puramente objetivo.

Verdaderamente, en la práctica, nuestros tribunales se han resistido a aplicar de una forma general este régimen objetivo. Cuando la Jurisprudencia Civil se ha ocupado de este tipo de reclamaciones lo ha hecho desde el régimen previsto en el Código Civil; y las Jurisdicciones Laboral y Contencioso-Administrativa, pese a proclamar tal carácter objetivo, realmente sólo han venido declarando la responsabilidad de la Administración, cuando se ha acreditado que ha sido anormal su funcionamiento, condicionándose incluso en algunas ocasiones el reconocimiento de responsabilidad a la existencia de algún elemento de anormalidad en el funcionamiento del servicio (como ocurre, por ejemplo, en los casos de suicidio de pacientes que están ingresados en un centro público).⁴⁹ De hecho, en la lectura de las sentencias de los Tribunales de lo Contencioso, podemos ver como a pesar de incluir en los fundamentos de derecho que nuestro sistema está configurado como objetivo, terminan sus argumentaciones realizando valoraciones y juicios de culpabilidad⁵⁰. Sólo en algún supuesto contado en el que, claramente, se ha manifestado la voluntad del Tribunal de indemnizar ante un resultado desgraciado, a pesar de haber actuado correctamente la Administración,

⁴⁸ Si bien son muchos los autores que piden y esperan una modificación en el sistema de responsabilidad patrimonial vigente, lo cierto es que las nuevas Leyes del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y del Régimen Jurídico del Sector Público (ambas de 1 de Octubre de 2015) siguen manteniendo la misma regulación. No parece, por tanto, que el legislador haya escuchado y atendido las propuestas que durante estos años se han venido aportando, por lo que no se atisba por el momento intención alguna de abandonar el modelo tradicional.

⁴⁹ Siendo escasa la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre responsabilidad patrimonial al respecto, al referirse la mayoría de las sentencias a supuestos acontecidos en centros donde el fallecido estaba en contra de su voluntad, se ha entendido aplicable, aunque con matices, la jurisprudencia relativa a suicidio de internos en centros penitenciarios; señalándose que el elemento de anormalidad es suficiente para establecer el nexo de causalidad y determinar la antijuricidad del daño. En este sentido, la STS de 22 de Octubre de 2004 con cita en la STS de 23 de Marzo de 2000.

⁵⁰ En la práctica, los Tribunales de lo Contencioso hacen uso de los dos estándares, el de la negligencia y el de la responsabilidad objetiva, con la particularidad de que cuando aplican el primero insisten en negar que lo están haciendo, utilizando la negligencia en la mayor parte de los supuestos de acción u omisión y reservando la responsabilidad objetiva para casos de creación de riesgo. Esta circunstancia se pone de manifiesto de forma habitual en las sentencias sobre responsabilidad sanitaria, en las que sólo se declara indemnización cuando se ha incumplido la *lex artis ad hoc*, como parámetro de normalidad (que analizamos más adelante).

amparándose en la posibilidad que le permite ese carácter objetivo.⁵¹ Ello nos lleva a pensar si este sistema objetivo se mantiene por su conveniencia ante determinados casos en los que sirve como justificación para ser estimados o realmente es una ficción; pues lo cierto es que podemos afirmar, que si bien son ahora más numerosas las sentencias que condenan a la Administración por una actuación correcta, siguen siendo aún un porcentaje mínimo, al ser determinante en la inmensa mayoría de los casos que haya mediado algún tipo de culpa. Parece por tanto que la responsabilidad por resultado es sólo excepcional.

Con todo, a nuestro juicio, la regulación de la responsabilidad por funcionamiento normal o anormal no implica el derecho a obtener una indemnización en todo caso por toda clase de perjuicio que se derive de una actuación de la Administración⁵². Más bien, a nuestro entender, lo que el legislador pretende es posibilitar que no sólo se responda ante casos de funcionamiento anormal, sino también cuando sea normal pero condicionado a la antijuricidad del daño (es decir a la ilegitimidad del mismo) y por tanto no ante la normalidad absoluta del servicio.⁵³

Y es que, en contra de muchas opiniones, no es una cláusula absoluta de responsabilidad lo que se formuló en la Ley de 1954 y se ha venido recogiendo en las sucesivas regulaciones, que pueda ser utilizada para esperar de la Administración una responsabilidad también absoluta con respecto a las consecuencias de todos sus actos; por lo que una correcta interpretación de los presupuestos técnico jurídicos de la institución podría ser suficiente para evitar los excesos y abusos que la jurisprudencia ha prodigado con respecto a tal cláusula. Y esta correcta interpretación, como señala MIR PUIGPELAT, no pasaría por reinterpretar o matizar el carácter objetivo de la responsabilidad, sino por depurar el concepto de lesión resarcible (el

⁵¹ Como ejemplo podemos citar numerosas sentencias, entre ellas la STSJM 135/2015, de 19 de Febrero de 2015.

⁵² De hecho, el propio García De Enterría ha aclarado que se le malinterpretó si es eso lo que se entendió de la redacción de la Ley de 1954. Y así en la 7ª Edición de su manual *Derecho Administrativo* (Tomo II), en su capítulo XXII, titulado "La Responsabilidad Patrimonial de la Administración" ante el revuelo por las críticas al sistema vigente, se pone de manifiesto la interpretación equivocada que se ha hecho del mismo, entonando cierto *mea culpa* al manifestar que: "*Es posible, incluso, que a esos equívocos y malentendidos hayan contribuido algunas afirmaciones nuestras, que formulamos en términos demasiado rotundos, quizás en ediciones anteriores de esta obra en nuestro afán de hacer inteligible un sistema que se aparta de los planteamientos tradicionales (...)*". GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON-FERNANDEZ, T (2000). Pág. 383

⁵³ En este caso, se está a una regla de responsabilidad objetiva, pero no se incluye cualquier actuación, sino sólo las actuaciones concretas de la Administración que generan un riesgo de causar un daño. Cuando el daño se concrete, no será necesario probar la culpa o la negligencia de la Administración; aplicándose la doctrina de la atribución del riesgo, en combinación con un concepto estricto de lesión y con los medios que se disponen para prestar el servicio.

daño antijurídico)⁵⁴ y la subordinación de su existencia a la ausencia de causas de justificación.⁵⁵

Y si este es el estado de la cuestión con respecto al daño antijurídico en general, aún se muestra más acentuado en lo que al daño moral se refiere, donde los abusos son más flagrantes al ser tierra fértil para ello, dada la imprecisión y ambigüedad del concepto, por lo que aún es mayor aquí la necesidad de revisar el sistema y ponerle los límites necesarios para no pervertir la institución.

2.3.- LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

Siendo la tendencia más marcada en las sentencias que se dictan en esta materia, el intento de evitar el “atrincheramiento” en una interpretación maximalista de la responsabilidad objetiva; la responsabilidad sanitaria parece haber sido el reducto donde antes ha caído el mito de la responsabilidad objetiva.⁵⁶ Y es que, si ya es bastante discutida la responsabilidad objetiva desde un ámbito general (como hemos referido en el epígrafe anterior), mayores son las objeciones que se ponen de relieve en el sector sanitario de la responsabilidad patrimonial; por cuanto no es razonable predicar un sistema de responsabilidad objetiva para una actividad en la que –como veremos más adelante– frente a la enfermedad la obligación no puede ser otra que la de prestación de medios y no de garantizar un resultado, y donde siendo relevante la antijuricidad del perjuicio, no deja de serlo también la actuación antijurídica de la Administración, al ser preciso que falte la diligencia debida o que no se respete la *Lex artis ad Hoc*. Por tales motivos, la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir⁵⁷, con el argumento de que ello

⁵⁴ A este respecto, también se ha señalado que los excesos que se han venido produciendo en la jurisprudencia española en relación a la responsabilidad objetiva de la Administración responden a una interpretación demasiado extensiva de lo que debe conceptuarse como daño antijurídico, proponiendo una interpretación más estricta del concepto. PAREJO ALFONSO, L. (2003) Pág. 881.

⁵⁵ MIR PUIGPELAT, O. (2002). Pág. 33.

⁵⁶ SUAY RINCON, J. (2013). Pág. 46.

⁵⁷ En este sentido, el TS ha señalado en STS 10 de Mayo de 2005, que no es jurídicamente correcto entender que por el hecho de que una persona sea acogida en un centro hospitalario para recibir tratamiento y ser sometida al mismo, haya que indemnizarle si con ocasión –y no necesariamente por causa– de ese tratamiento resultase daño físico o psíquico para ella. *“Entender esto así es tan absurdo como sostener que el alumno que es admitido en un centro público de enseñanza y que después de cursar las asignaturas correspondientes (lo que crea la correspondiente relación de enseñanza con los distintos profesores) es suspendido al final de curso (resultado dañoso), tiene derecho a que se le indemnice por haber fracasado ese centro público de enseñanza, actuando a través de su personal de línea, esto es, el profesorado. El centro de enseñanza y su profesorado están obligados a facilitar al alumno los medios necesarios para que no fracase cuando llegue el momento de la prueba final, pero no*

supondría convertir a la Administración en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo.⁵⁸

La Sala Tercera del TS se muestra ambigua a la hora de aclarar si en materia sanitaria la responsabilidad surge sólo, o por regla general, ante un funcionamiento anormal del servicio sanitario o por el contrario ha de determinarse en virtud de esa configuración objetiva. En la mayoría de las sentencias, sobre todo en los casos estimatorios, se reitera que es doctrina consolidada la que entiende que la responsabilidad es objetiva o por resultado, al igual que en el resto de ámbitos de actuación administrativa; y, sin embargo, sobre todo cuando se trata de desestimar, el Tribunal defiende que sólo existe esa responsabilidad cuando se ha vulnerado la *lex artis*, es decir ante una actuación que no ha sido correcta, pues la mera exigencia de lesión “llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable”.⁵⁹ Contradice el TS su consolidada doctrina, pues si es así, solo se está reconociendo responsabilidad por un funcionamiento anormal, sin perjuicio de que no lo declare de forma expresa el Tribunal, quizás para no contravenir lo dispuesto la Ley. Podemos observar, así, que lo que realmente hace el Tribunal es partir de la configuración legal de la responsabilidad, para luego interpretarla desde la culpa, sirviéndose para ello de la *lex artis* como criterio que determina que la lesión sea o no antijurídica. De forma que, si se entiende que los servicios sanitarios actuaron conforme a dicha *lex artis* y pese a ello el resultado fue nocivo, éste no puede ser calificado de antijurídico y por tanto no es generador de responsabilidad. La adecuación a *lex artis* del acto médico supone pues –salvo contadas excepciones- causa de exoneración de responsabilidad, por lo que es clara la primacía del criterio *culpabilístico* frente al objetivo. Con ello, se hace recaer la *antijuricidad* no sobre el daño (como es propio del sistema objetivo), sino sobre la actuación sanitaria, es decir sobre la conducta del sujeto causante (sistema subjetivo de responsabilidad).⁶⁰ En consecuencia, no podemos hablar por tanto en este ámbito de un sistema de responsabilidad puramente objetivo ni puramente culpabilístico, y de hecho, por algunos autores se ha señalado la naturaleza “mixta” de

se compromete a garantizar que el examinado estará en condiciones de superar satisfactoriamente esa prueba”.

⁵⁸ Este fundamento se ha convertido en formulario tipo en las sentencias sobre esta materia en el ámbito contencioso-administrativo, entre otras, podemos citar las SSTS de 9 de Diciembre de 2008, de 14 de Octubre de 2003 y 13 de Noviembre de 1997.

⁵⁹ Al respecto, SSTS 12 de Abril de 2007, 25 de Abril de 2007 y 30 de Octubre de 2007, entre otras.

⁶⁰ En este sentido, el propio TS, a través de su Sala 1ª, en sentencia de 5 de Enero de 2007, ha puesto de manifiesto que los criterios de imputación de la Sala 3ª basados en la ausencia de deber de soportar el daño por parte del perjudicado no se separan realmente de los que derivan del principio culpabilístico que preside la responsabilidad civil.

la responsabilidad patrimonial en el concreto ámbito de la Administración Sanitaria⁶¹, definiéndose en algunas sentencias como *“sistema policéntrico en el sentido de que existe una pluralidad de criterios jurídicos que permiten resolver el juicio de imputación”*.⁶²

En definitiva, la realidad es que los Tribunales de lo Contencioso, amparándose en una teoría objetiva de la responsabilidad, resuelven los casos sin aplicar finalmente la misma, lo que supone una confusión generalizada de cuál es el régimen que define la responsabilidad patrimonial⁶³, de la que son principales perjudicados los ciudadanos que deciden reclamar bajo una idea equivocada, al ampararse en unos fundamentos teóricos que no tienen virtualidad práctica ni en las Administraciones ni en los Tribunales⁶⁴, con la inseguridad que produce el desconocer qué criterio se empleará para resolver su caso.⁶⁵

Por otro lado, se ha puesto de relieve que someter a los centros sanitarios públicos a una responsabilidad tan amplia invita a la práctica de la medicina defensiva como reacción a la facilidad reclamatoria; lo que supone un efecto pernicioso y nada deseable, pues ello conlleva la realización de pruebas innecesarias, practicar una medicina más conservadora evitando no incurrir en riesgos para no ser reclamado, y la mecanicidad en la elaboración de los documentos de consentimiento informado. La medicina así ejercida es perjudicial para el sistema y su progreso, pero sobre todo para el paciente que deja de recibir tratamientos más arriesgados que le podrían ser beneficiosos para paliar o sanar su enfermedad.

⁶¹ Esta es la opinión del profesor FONSECA FERRANDIS, F. (2015) que señala que la responsabilidad objetiva es un verdadero “dogma de fe”.

⁶² En ese sentido, cabe citar, por ejemplo, la SJCA nº 1 de Santander de 14 de Noviembre de 2014.

⁶³ No parece de recibo generar la creencia de que se trata de un sistema de responsabilidad objetiva, para luego aplicar “de facto” un sistema que se basa en la noción de culpa. LOPEZ CANDELA, J.E. (2008). Pág. 91.

⁶⁴ De hecho, es frecuente que en las reclamaciones los solicitantes invoquen el fundamento de la responsabilidad objetiva como título automático de su derecho a ser indemnizado. A este respecto, el T.S. en STS de 11 de Abril de 2014 reitera la negativa a considerar sin más la resarcibilidad del daño con este argumento: *“Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad, un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar, en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria. Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde a esta doctrina, la Administración Sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria”*.

⁶⁵ En iguales circunstancias, en el ámbito civil, DIEZ PICAZO reprocha el mismo problema al señalar: *“no sabemos nunca cuándo y con arreglo a qué criterios”* se va a decidir ni si, por tanto, se va a resolver de acuerdo a un estándar de responsabilidad por culpa o con otro de responsabilidad objetiva “por riesgo”; denunciando que *“Los tribunales juegan con dos barajas intercambiables sin que uno termine de saber cuándo y por qué se exige un tipo de juego o el otro. Cuando hay que favorecer la indemnización, se tenderá la cuerda objetiva, y cuando hay que denegarla se recogerá”*. DIEZ PICAZO (1999) Págs. 24 y 122.

Considerado todo ello, y como la propia realidad viene demostrando, el sentido común y la lógica nos llevan a defender un sistema en el que la responsabilidad nazca con carácter general con motivo de un funcionamiento anormal o defectuoso de los servicios públicos (culpa objetivada a partir de unos estándares de diligencia reales y unificados) y en el que existan algunos supuestos excepcionales y tasados de responsabilidad por funcionamiento normal; y con mayor ahínco aún en la responsabilidad sanitaria, si no perdemos de vista la imposibilidad de garantizar la salud y la pervivencia de las personas. Este régimen, además, no entraría en contradicción con la legislación vigente, pues si bien es verdad que recoge que la Administración responde tanto por su funcionamiento normal como por el anormal, resulta ser tan genérico que podría dar lugar a un desarrollo en el que se limitaran los supuestos excepcionales de responsabilidad cuando no hay deficiencia en el servicio. Y ello, por cuanto, el citado precepto no afirma expresamente que la responsabilidad de la Administración Española sea objetiva⁶⁶, de la misma forma que el art. 106 de la Constitución tampoco determina que así sea.

En definitiva, lo que se pone de manifiesto es que nos encontramos con que una institución que fue instaurada en el siglo pasado rige hoy para la determinación de la responsabilidad patrimonial ante actuaciones sanitarias que se realizan en una medicina acorde al Siglo XXI, que nada tiene que ver con la existente antaño, lo que pone en evidencia la necesidad de revisar y actualizar conceptos e instituciones que parecen haber quedado desfasadas.

2.4.- LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA

Dada la amplitud de la responsabilidad objetiva por el estándar tan amplio que supone, la jurisprudencia contencioso-administrativa y la doctrina administrativista han intentado delimitarla, sugiriendo al Legislador que adopte criterios que permitan determinar cuándo el daño es imputable objetivamente a la Administración Pública; es decir, si existe una causalidad jurídica entre el daño y el funcionamiento del servicio público. En este sentido, la aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva sirve para negar la equiparación absoluta entre la prueba de la relación de causalidad (causalidad fáctica o material) y la atribución de responsabilidad (causalidad jurídica)⁶⁷;

⁶⁶ MIR PUIGPELAT, O. (2002). Págs. 217 y 218.

⁶⁷ DIAZ-REGAÑÓN GARCIA-ALCALA, C. (2004). Pág. 5.

y ello por cuanto la causalidad de hecho resulta insuficiente como título de imputación de daños, requiriendo la concurrencia de otros criterios de imputación que delimiten su radio de acción.⁶⁸

La necesidad de hacer uso de la imputación como instrumento jurídico surge, principalmente, ante los problemas que plantea establecer la relación de causalidad en algunos supuestos, y especialmente cuando nos encontramos ante una omisión de la Administración; es decir, cuando el daño no se deriva de una acción material, sino de una omisión o de la creación de un riesgo⁶⁹. Y es que la relación de causalidad no opera del mismo modo en un supuesto de comportamiento activo que cuando se trata de uno omisivo; puesto que, en el primero, basta lógicamente que la lesión sea consecuencia de aquélla⁷⁰ y, en cambio, cuando se trata de una omisión, no es suficiente una pura conexión lógica para establecer la relación de causalidad (pues si así fuera, toda lesión acaecida sin que la Administración hubiera hecho nada por evitarla sería imputable a ella, lo que conduciría a una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial). Se hace necesario, por tanto, *“que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración; y ese dato que permite hacer la imputación objetiva sólo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar.”*⁷¹

En la responsabilidad sanitaria lo normal es que concurren al menos dos causas distintas en la producción del daño: la actuación de los Servicios Sanitarios y “el factor reaccional del paciente” ante la enfermedad y el tratamiento⁷² (cada persona reacciona de forma distinta e incluso los órganos no son del mismo tamaño ni tienen la misma ubicación, por lo que se trata de un factor que no siempre resulta fácil controlar); o más bien dos riesgos que se manifiestan de forma contrapuesta: el del paciente y el de los Servicios Sanitarios para intentar reducir el del paciente, y ese es precisamente el

⁶⁸ SALVADOR CODERCH, P. y FERNANDEZ CRENDE (2006). Págs. 1 y 4.

⁶⁹ No sólo se observan problemas de comprensión relativos al nexo causal cuando el comportamiento de los Servicios Sanitarios es omisivo. En un terreno como el de la responsabilidad médico-sanitaria, los supuestos donde la conducta se identifique con una acción son igualmente controvertidos, si de lo que se trata es de constatar con seguridad la existencia o no de un nexo causal (material) entre esa acción y el daño, y segundo, si éste es imputable objetivamente a aquella. A ello se añade la cuestión de la denominada *imputatio iuris* y la conexión (a veces derivada en confusión) entre el criterio de imputación subjetivo y las dificultades causales que tantos problemas de fundamentación jurídica ocasionan al juzgador a la vista de los razonamientos en que apoyan el fallo. DIAZ-REGAÑON GARCIA-ALCALA, C. (2004). Pág. 25.

⁷⁰ Problema distinto es cómo llegar a establecer ese nexo de causalidad, siendo discutido si esa conexión lógica debe entenderse como equivalencia de las condiciones o como condición adecuada, lo que veremos en el epígrafe referido a la Relación de Causalidad de este mismo Capítulo.

⁷¹ En este sentido, se pronuncia la STS Sala 3ª de 31 de Marzo de 2009, (recurso nº9924/2004).

⁷² SALVADOR CODERCH, P. (2000) Pág. 2.

papel de la imputación objetiva, suministrar criterios para ponderar los distintos riesgos.⁷³

Autores como BELADÍEZ ROJO, seguida por MIR PUIGPELAT consideran que, para mantener el régimen de responsabilidad objetiva de la Administración y evitar que ésta acabe convirtiéndose en una aseguradora universal, sería conveniente aplicar a este ámbito la teoría de la imputación objetiva –proveniente del derecho civil y desarrollado por el derecho penal sobre todo alemán-, de manera que la Administración deba responder únicamente cuando, existiendo relación de causalidad entre el funcionamiento y el hecho lesivo, haya creado un riesgo jurídicamente relevante que además se materialice en dicho resultado.

La imputación objetiva también llamada “causalidad jurídica”, tiene como principal exponente de su aplicación en el Derecho Civil a PANTALEÓN⁷⁴, quien defiende la necesidad de deslindar así la causalidad física (es decir, que el sujeto a quien se atribuye el hecho haya causado efectivamente con su acción u omisión el daño) de la causalidad jurídica (régimen de imputación de las consecuencias jurídicas del daño causado). Se trata pues de separar una cuestión de hecho –*questio facti*- sobre si existe relación física entre la actuación del agente causante y el daño (cuya valoración ha de ser fáctica y empírica), de una cuestión propiamente jurídica o valorativa – *quaestio iuris*-, que requiere para su examen conceptos de justicia y equidad, además de la previa reconstrucción fáctica de los hechos.

Siendo el nexo causal una cuestión de naturaleza fáctica, la imputabilidad surge así para limitar los amplios efectos de la causalidad y adaptar sus consecuencias a la sensibilidad jurídica y de justicia de la sociedad en cada momento. Este planteamiento resulta tan original como sorprendente, pues desde la necesidad de modular y relajar la objetivación de la responsabilidad patrimonial, se adoptan criterios de una teoría que trata de objetivar moderadamente la responsabilidad por culpa del art. 1902 del CC.⁷⁵

⁷³ DIAZ-REGAÑÓN GARCIA-ALCALA, C. (2004). Pág. 5.

⁷⁴ PANTALEON propuso en su momento la aplicación de esta teoría al sistema de responsabilidad civil, al considerar necesario separar el plano de la causalidad y el de la imputación jurídica; esquema que, sin embargo, no ha tenido plena aceptación y del que el propio PANTALEON ha señalado su insatisfacción, dada la dificultad e inseguridad que presenta por su carácter de tópico.

⁷⁵ Y es que, si bien el artículo 1902 CC viene a establecer la regla por la que nuestro ordenamiento jurídico regula la responsabilidad civil desde la culpa, la evolución jurisprudencial respecto a la interpretación de los requisitos exigidos para la aplicación de dicho precepto, ha sufrido un desarrollo hacia criterios objetivos, que se resume por el TS en Sentencia 924/2007 de 5 de septiembre de 2007, al señalar que: “es copiosa la jurisprudencia que sostiene la vigencia del principio general de responsabilidad extracontractual basada en la culpa, expresamente citada en el artículo 1902 del Código civil (“...interviniendo culpa o negligencia...”); si bien en los últimos tiempos numerosas decisiones, en busca de la mejor protección de las víctimas, tratan de objetivar moderadamente la responsabilidad ya

Para ello, se toman como base, aunque con algunas pequeñas discordancias, las propuestas trazadas por el Derecho Penal alemán, a partir de criterios que excluyen la imputación, como son: el criterio de adecuación o teoría de la causalidad adecuada, el principio del incremento del riesgo, la prohibición de regreso o posición de garante, el ámbito de protección de la norma, el principio de confianza y el consentimiento de la víctima o la asunción del propio riesgo.

La teoría de la imputación objetiva –que, más que una teoría, es un conjunto de principios delimitadores o correctores de la tipificación de la conducta reproachable- trata de ofrecer razonamientos para realizar correctamente el proceso de valoración o ponderación entre las distintas causas o riesgos concurrentes, a fin de determinar si existe responsabilidad patrimonial y poder atribuir objetivamente las consecuencias lesivas del hecho dañoso a su causante; de manera que, en su virtud, el criterio para considerar responsable a la Administración es haber creado un riesgo jurídicamente relevante que ocasiona el resultado lesivo⁷⁶. Para la delimitación del concepto de “riesgo jurídicamente relevante”, BELADÍEZ señala que ello implica la concurrencia de los siguientes presupuestos⁷⁷:

- a) que la Administración haya creado un riesgo general con su actuación; es decir, que afecte a todos aquellos sobre los que recaiga la misma, excluyéndose, por tanto, el riesgo que de forma excepcional podría padecer alguna persona en concreto. Por el contrario, el riesgo asumido por el paciente conlleva la irresponsabilidad de la Administración (como es el caso de una

mediante una inversión de la carga de la prueba, que muchas veces más que una inversión de la carga se traduce en la imposición de la carga en base al criterio de proximidad o facilidad probatoria (SSTS 14 de diciembre de 2005, 3 de abril y 3 de julio de 2006, etc.), ya acentuando el rigor de la diligencia exigible (SSTS 29 de enero y 25 de abril de 1983, 10 de marzo de 1997, 8 de abril de 1992, 8 y 20 de mayo de 1999, etc.) para llegar a lo que se ha denominado “*expedientes paliativos del principio de culpabilidad*” (Sentencia de 22 de noviembre de 2002) hasta “*soluciones cuasi objetivas*”, que acercan el tratamiento del caso a la responsabilidad por riesgo (SSTS 12 de noviembre de 1993, 23 de abril y 21 de mayo de 1998, 18 de marzo y 14 de diciembre de 1999, 2 de marzo de 2000, entre otras).

⁷⁶ La doctrina del riesgo permitido es aplicada con cierta frecuencia por la Sala 3ª del TS que intenta así limitar como puede las consecuencias de medio siglo de insistencia doctrinal y jurisprudencial en la afirmación de la responsabilidad puramente objetiva de la Administración; es decir, que esta responde: 1.- objetivamente, 2.- por pura causación de daños, tanto por acción como por omisión, 3.- sin excepción alguna derivada de la concurrencia de otras concausas más importantes o influyentes y 4.- tanto si el servicio público funcionó anormalmente como si lo hizo con absoluta normalidad. De esta forma, los únicos modos de eliminar la responsabilidad de las Administraciones Públicas son negar la existencia de vínculo causal o afirmar que la víctima lo fue de la concreción de un riesgo general de la vida, es decir, de un daño que debía soportar o tolerar pese a haber sido creado por la Administración. SALVADOR CODERCH, P. y FERNANDEZ CRENDE, A. (2006). Pág. 12.

⁷⁷ Al respecto de esta aportación, se ha señalado que “*La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales*”. LEGUINA VILLA, JESUS. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, M. (1997). Pág. 23.

intervención quirúrgica, para la que el paciente otorga su consentimiento informado, asumiendo el riesgo de que a pesar de una buena praxis se produzca alguna consecuencia indeseada), existiendo el deber jurídico de soportar el daño cuando el lesionado se ha colocado en una situación de riesgo.⁷⁸

- b) que éste sea inherente a dicho acto o servicio, lo que excluye -cómo no- la fuerza mayor (pero no así el caso fortuito), la intervención de tercero y la culpa de la víctima. Con este presupuesto se distingue entre riesgo creado por el servicio, de aquellos otros que se manifiestan con ocasión –que no con causa - de su funcionamiento, pero que se originan en un ámbito ajeno al mismo.
- c) y que no se encuentre socialmente admitido, por razones de utilidad social que obliguen a soportar el daño. Criterio éste que no resulta siempre fácil determinar, y que según BELADÍEZ estaría circunscrito al sacrificio especial en virtud del principio de igualdad ante las cargas públicas (es decir, al caso en el que frente a un beneficio de la colectividad, un grupo determinado de personas o bienes sufren, circunstancialmente, un perjuicio mayor que el resto).

En realidad, ninguna de las tesis sobre responsabilidad, tomadas aisladamente, es suficiente para explicar todos los supuestos de responsabilidad, de manera que no hay obligación de soportar el daño en muchos casos que quedan al margen de dichas teorías. Y así, para decantarse por alguna de ellas en concreto, es sustancial decidir si se configura la responsabilidad, en cualquier sistema jurídico, como un instrumento de control de poder o como una garantía para el ciudadano; pues, en el primer caso se seguirán tesis culpabilistas, mientras que en el segundo tendrán apoyo los planteamientos objetivos. La tradición romana y la germanista se alinean con el primer planteamiento, así como nuestro entorno comunitario y el criterio del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea a partir del artículo 215 del Tratado CEE, siendo España un caso excepcional en tal escenario.

3.- ELEMENTOS SUSTANTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, CON ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO SANITARIO

A fin de no dedicarnos en exceso a las generalidades de la responsabilidad patrimonial y centrar el trabajo en el daño moral sanitario como su verdadero protagonista, no nos detendremos en el estudio del procedimiento y los requisitos formales de la acción de

⁷⁸ En este sentido, la STS (Sala 1ª) de 22 de Abril de 1994.

responsabilidad patrimonial⁷⁹, sino en los presupuestos materiales o sustantivos y su especial incidencia en lo que respecta al daño moral.

El art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre (y anteriormente art. 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) detalla los elementos que han de concurrir para que pueda declararse la responsabilidad de la Administración de forma general y unitaria, para cualquiera de los ámbitos de su actuación, siendo la Jurisprudencia, a través de sus interpretaciones, la que ha ido matizando cómo aparecen tales elementos y las especialidades que se presentan en las reclamaciones derivadas de las prestaciones sanitarias. De la interpretación de dicho precepto, los Tribunales han señalado que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial, con carácter general, se requiere la concurrencia de los siguientes elementos, en los que nos detendremos a continuación:

- a) Una acción u omisión administrativa que sirva de título de imputación.
- b) La existencia de una lesión real y cierta, indemnizable y que el perjudicado no tenga el deber de soportar
- c) El nexo de causalidad entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público en una relación de causa a efecto
- d) y la inexistencia de causa de fuerza mayor.

3.1.- LOS TÍTULOS DE IMPUTACIÓN: EL PAPEL DEL RIESGO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN

Podemos definir la imputación como la tarea jurídica de atribuir a la Administración el deber de reparar el daño, en virtud de la relación causal que existe entre la actuación de uno de sus empleados y ese efecto dañoso, siendo títulos para ello aquellas circunstancias que justifican esa atribución, y cuya apreciación depende de factores tales como la época, el grado de sensibilidad social de ese momento y el nivel de desarrollo del servicio sanitario en cuestión. Evidentemente, título primario de imputación es que el hecho del que se derive el daño (actuación normal o anormal) proceda de la actividad de la Administración como titular, en cualquiera de sus formas (basta que se trate de cualquier actuación, actividad o gestión pública realizada en el

⁷⁹ Anteriormente regulados en los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre; y en el ya citado Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo-, y ahora con la nueva Ley 40/2015, de 1 de Octubre.

marco del giro o tráfico administrativo, con independencia de que se preste directamente o a través de alguna forma indirecta mediante contrato o concierto).⁸⁰

En el sector sanitario, el término “funcionamiento” viene referido a la actividad médica como servicio público, comprensiva de las acciones u omisiones sobre el cuerpo humano, que tenga por objeto el diagnóstico⁸¹ o el tratamiento de la enfermedad realizado por un médico o bajo su dirección.

Por otro lado, y a pesar de que estamos ante un sistema objetivo, curiosamente son títulos habituales para determinar la antijuricidad del daño, circunstancias subjetivas que en nada se diferencian de las causas de imputación de la responsabilidad civil y penal basadas en la culpa⁸², tales como:

- 1.- **Concurrencia de intencionalidad o negligencia** del profesional sanitario (la anomalía subjetiva determina por sí el carácter antijurídico del daño).
- 2.- **Anomalía del servicio**, por funcionamiento irregular en su conjunto debido a defectos de organización o coordinación (este sería por ejemplo el caso en el que, por descoordinación de varios servicios de un hospital, se dirija de forma incorrecta el proceso asistencial de un paciente, al no realizar la petición de interconsulta debida, o no incluirle en lista de espera específica, o el extravío de la historia clínica o pruebas que retrasa una intervención...).
- 3.- **Carácter inadecuado de la prestación** por una actuación sanitaria no acorde a *lex artis* o rebasando los estándares exigibles por la conciencia social, o con un resultado desproporcionado en relación a la prestación realizada (doctrina del daño desproporcionado).

⁸⁰La garantía de indemnidad establecida por el art. 106 de la Constitución para los particulares no debe verse limitada en los casos en los que la Administración ejerce sus competencias de forma indirecta a través de un agente contratista o de un concesionario, lo que cobra especial relevancia en el ámbito sanitario, por cuanto muchas de las prestaciones son realizadas por clínicas privadas por contratos u otros acuerdos con la Administración (pruebas diagnósticas y analíticas, programas de detección precoz de cáncer, intervenciones por lista de espera, etc.). En este sentido, se pronuncia la STSJ Madrid de 17 de Julio de 2014, que recoge la fundamentación de la STS de 9 de Mayo de 1989, sobre un supuesto de actuación de concesionario, argumentando que, si bien la Administración no gestiona el servicio en cuestión, pues lo hace un concesionario, no por ello queda al margen de aquella actuación, sino que sigue siendo responsable de esta situación de riesgo que ha creado, sin perjuicio de repetir contra el concesionario cuando corresponda.

⁸¹ Entendiendo por diagnóstico el conjunto de actuaciones médicas que tienen por finalidad determinar la naturaleza de las causas de la enfermedad, para poder proceder a su tratamiento (consistente en las actividades médicas destinadas a la curación del paciente, a la protección de la salud o a aliviar las consecuencias de una enfermedad).

⁸² XIOL RIOS, J.A. (2004). Pág. 596.

4.- **La creación de una situación de riesgo**⁸³, que resulte inherente a la utilización del servicio público y haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social es un título no sólo aceptado por la doctrina, sino que además encontró su fundamento en la disposición adicional 12ª de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, al señalar que la responsabilidad administrativa tendrá lugar “*por o con ocasión de la asistencia sanitaria*”.⁸⁴ Como ya hemos referido, en dicho ámbito, los daños por funcionamiento normal no se contemplan como excepcionales; sin embargo, es sabido que aún en el caso de que se preste una adecuada atención médica, los pacientes sufren daños, que son consecuencia de la irreversibilidad de ciertos estados patológicos o efectos secundarios de los tratamientos aplicados, lo que obliga a delimitar bien este criterio. “*El problema es que la explicación del riesgo como causa de la responsabilidad de Derecho Público está por hacer*”⁸⁵; aunque lo que sí puede afirmarse es que a diferencia del riesgo en la responsabilidad civil, el riesgo que crea la Administración no responde a un interés económico, sino al interés del servicio público, siendo asumido por ella en orden a cumplir su deber prestacional.

En el marco sanitario, debemos tener en cuenta que las intervenciones médicas-sanitarias se encuentran sometidas a riesgos de éxito, no totalmente favorables para la persona a la que se le realizan los tratamientos o intervenciones, con índices y porcentajes más o menos elevados de fracaso, según factores múltiples dependiendo de los casos (efectos que deberán ponderarse frente a los potenciales beneficios); y, por otro lado, los resultados pueden frustrarse por los propios condicionantes de la persona intervenida (por sus condiciones biológicas, genéticas y otras circunstancias).

VILLAR ROJAS, a partir de la doctrina francesa, ofrece varias clasificaciones del riesgo⁸⁶: una la que distingue entre riesgo del servicio y riesgo del paciente; y otra la que diferencia entre riesgo ordinario (propio del acto médico, como serían los efectos secundarios, que tienen la consideración de carga general de la vida en

⁸³ Al hablar del riesgo del actuar administrativo se excluye el denominado “riesgo social”. MUÑOZ MACHADO, S. (1992). Págs. 74 y 75.

⁸⁴ Criterio que resulta de habitual aplicación en casos de pacientes que, estando internados en hospitales psiquiátricos públicos y por tanto custodiados por la Administración, se suicidan siendo imputable a la Administración el resultado, por constatar que con la omisión de medidas se creó un riesgo, así como en los daños ocasionados por las instalaciones de los edificios donde prestan servicios públicos las Administraciones (caídas por mal estado del suelo, puertas, ascensores...).

⁸⁵ VILLAR ROJAS, F.J. (1992). Pág. 137.

⁸⁶ VILLAR ROJAS, F.J. (1992). Págs. 140 y ss.

sociedad), riesgo terapéutico (conocido, pero excepcional en relación con el riesgo habitual del tratamiento y reducido a un número limitado de víctimas, que será causa de responsabilidad si no puede conectarse con la enfermedad del paciente o su evolución previsible) y riesgo del desarrollo médico (desconocido y excepcional, no explicado por las limitaciones de la ciencia).

5.- El enriquecimiento sin causa.

6.- El daño desproporcionado: Se trata de un criterio excepcional, que se viene apreciando por la jurisprudencia cuando el resultado es tan desproporcionado respecto a lo esperable, que es clamoroso que se han infringido las mínimas normas de cuidado más evidentes, a pesar de que no se haya podido demostrar donde está la causa. Basándose en una apariencia de prueba, se considera una culpa virtual que conlleva la inversión de la carga de la prueba, que se hace recaer sobre la Administración, de demostrar que la aplicación de la *lex artis* ha sido la correcta.

De una forma más particularizada, y ante un hecho que se presenta muchas veces inevitable, como es la enfermedad, se han recogido por los Tribunales los siguientes criterios de imputación en los supuestos de asistencia sanitaria, dependiendo de si el daño resulta de la enfermedad o del tratamiento aplicado⁸⁷

“1) Dentro de los daños producto de la enfermedad:

a.- Los que la enfermedad produce necesariamente, a pesar de todos los tratamientos médicos por adecuados y eficaces que ellos sean, ya que vienen impuestos por el carácter caduco y enfermable de la condición humana.

b.- Los producidos por la enfermedad, pero evitables con un tratamiento médico prestado a tiempo y adecuado y que su producción es debida a la falta de asistencia o a que la prestación no fue adecuada.

2) Dentro de los daños en los que el tratamiento médico es el factor determinante:

a.- Aquellos daños que son intrínsecos al tratamiento como tal y que por ello se producen de modo necesario por su finalidad terapéutica.

b.- Aquellos daños que el tratamiento médico produce al margen de su finalidad terapéutica y que son daños producidos bien porque no es el tratamiento procedente o adecuado el prestado o porque en su realización se introducen circunstancias que lo desnaturalizan y que son ajenas a la constitución individual del enfermo.

Sólo los supuestos de los apartados b) darían lugar a responsabilidad”.

⁸⁷ STSJ Castilla y León 1863/2011, de 29 de Julio de 2011.

3.2.- LA ANTIJURICIDAD EN LA PRESTACIÓN SANITARIA COMO OBLIGACIÓN DE MEDIOS

La jurisprudencia ha precisado, de forma reiterada, que lo relevante en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas no es el proceder antijurídico de la Administración, pues –como hemos dicho- tanto puede responder en supuestos de funcionamiento normal como anormal, sino la antijuridicidad del resultado o de la lesión.⁸⁸ Y es que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones no significa que esté basada en la simple producción del daño, por cuanto además se exige que este sea antijurídico, en el sentido de que los perjudicados no tengan obligación de soportarlo.⁸⁹ No es necesario, pues, que la actuación de la Administración haya sido contraria a derecho (antijuridicidad subjetiva) sino realmente que el sujeto que sufre el perjuicio no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva).⁹⁰

La copiosa jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS ofrece interés para precisar qué debe entenderse por antijuridicidad⁹¹, traduciéndose no sólo en la actuación ilícita caracterizada por la falta de diligencia contraria a una disposición legal, sino también en la consecuencia de un acto lícito no realizado con la prudencia que las circunstancias del caso requerían.⁹² Sintetizando al máximo esta doctrina, en la medida en que es aplicable a la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública por actos sanitarios, podríamos decir que el daño debe reputarse antijurídico, (y por tanto, el paciente no tendría obligación de soportarlo), si no se actuó con la diligencia debida o no se respetó la *lex artis ad hoc*.

Esta doctrina, trasladada al ámbito sanitario, supone que lo realmente trascendente y determinante de la antijuridicidad del daño es la falta de obligación del paciente de

⁸⁸ En este sentido, podemos citar las STSS de 25 de Enero de 1997, 21 de Noviembre de 1998, 13 de Marzo de 1999, 24 de Mayo de 1999, 30 de Octubre de 1999, 5 de Febrero de 2007 y 12 de Julio de 2007.

⁸⁹ La STS de 3 de Noviembre de 2009 se refiere a la “ilegalidad del perjuicio” cuando la ley –o el reglamento de acuerdo a la ley- no obliga al perjudicado a soportar el daño.

⁹⁰ GARCIA DE ENTERRIA, E. Y FERNANDEZ, T.R. (1998). Pág. 372.

⁹¹ Tal y como recoge la STSJ de Castilla y León núm. 2247/2015, de 8 de Octubre de 2015: “Un primer criterio de antijuridicidad lo constituye que la lesión se haya causado con contravención de cualquier norma aplicable al supuesto de que se trate, lo cual a sensu contrario, define como “no antijurídica” esa lesión sufrida cuando existe algún precepto legal que le impone el deber de sacrificarse por la sociedad (STS. de 10/11/1997). Otro criterio es que venga derivada de la situación de riesgo en que se colocó al perjudicado (STS 18/10/1999). Por el contrario, la lesión no será antijurídica: si la ley faculta a la Administración para actuar como lo ha hecho, generando obligación de soportar el daño (STS de 16/12/1997) o si existe un título que imponga al administrado la obligación de soportar la carga (STS de 3/01/1979) o bien causa justificativa que legitime el perjuicio”.

⁹² Así lo expresa la STS (Sala 1ª) de 17 de Marzo de 1981.

soportar un resultado negativo para su salud, por no haberse evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles para la Administración, incumpliendo la obligación de medios⁹³, y teniendo por el contrario la obligación de soportar los daños derivados de la enfermedad que está siendo objeto de tratamiento médico.⁹⁴ Luego, a la hora de examinar la actuación objeto de reproche, debemos tener presente en todo momento que la naturaleza de la obligación de los Servicios Sanitarios es de actividad o de medios, y no de resultados, y ello no podría ser de otra manera, pues en modo alguno podría garantizarse siempre la inalterabilidad de la salud y la evitación de la muerte, al no ser algo de lo que se pueda disponer y otorgar.⁹⁵ De modo que a los Servicios Públicos de Salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria, y sólo cabría responsabilizarles por su indebida aplicación.⁹⁶

Tal obligación ha de concretarse en los medios razonables y adecuados a la situación que presente el paciente⁹⁷, teniendo en consideración además la limitación de medios de los que dispone la Administración⁹⁸ con arreglo a las prestaciones exigibles en virtud de la Cartera de Servicios financiados con cargo público⁹⁹ (no obstante, como indica

⁹³ La STS (Sala 3ª) de 2 de Octubre de 2012 recoge la caracterización del servicio público como prestador de medios, pero en ningún caso “garantizador de resultados”; configurándose la responsabilidad como la que deriva de una inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles. En el mismo sentido, STS 25 de Febrero de 2009 con cita de las de 20 de Junio de 2007 y 11 de Julio de 2007 del mismo año.

⁹⁴ Entre otras, la STS 9 de Octubre de 2012 y STS de 5 de Mayo de 2012.

⁹⁵ Supuestos excepcionales son las esterilizaciones, intervenciones estéticas o de perfeccionamiento, que se dan fundamentalmente en el sector privado, y que se conocen como medicina satisfactiva, en las que el resultado forma parte de la obligación contractual.

⁹⁶ Al respecto, la STS de 30 de Marzo de 2013 (Rec. Casación 2989/2012).

⁹⁷ Así, en el Dictamen Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid núm. 50/13, de 13 de febrero, se expresa: “A ello se añade que la realización de pruebas diagnósticas debe realizarse en función de criterios clínicos, pues entender lo contrario sería tanto como convertir la práctica médica en un aluvión de pruebas y estudios, por si acaso en alguno se detecta algo que a priori no se sospecha, dando lugar a lo que se ha denominado “medicina defensiva”, entendiendo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de marzo de 2010 (recurso 731/2008), que dicha actuación médica mediante la “solicitud indiscriminada de batería de pruebas diagnósticas” ha de calificarse como “ineficiente e insensata”.

⁹⁸ Así lo expresa la STS de 25 de Febrero de 2009: “Y si ello conduce a que solamente cabe considerar antijurídica en la asistencia sanitaria la lesión en que se haya producido una auténtica infracción de *lex artis*, ha de considerarse asimismo que la disposición de medios que, por su propia naturaleza, resulta limitada no es exigible con un carácter ilimitado a la Administración que, lógicamente, y por la propia naturaleza de las cosas, tiene un presupuesto determinado y, en definitiva, solamente podrá exigirse responsabilidad cuando se hubiera acreditado, bien que ha incumplido la Ley, no manteniendo en el centro un servicio exigido por ésta, o bien cuando se acredite por parte de la actora que existe una arbitraria disposición de los elementos con que cuenta el servicio sanitario en la prestación del servicio”.

⁹⁹ La cartera de servicios del sistema sanitario público fue aprobada mediante el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. Los servicios contenidos en dicha cartera no tienen la consideración de mínimos, sino de básicos y comunes, es decir, los fundamentales y necesarios para llevar a cabo una atención sanitaria adecuada, integral y continuada a todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud. La cartera recoge las técnicas, tecnologías o procedimientos que en estos momentos facilitan todas las Comunidades Autónomas, de forma que pretende ser un marco de la situación actual de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. Junto a ello, as Comunidades Autónomas podrán elaborar sus propias carteras de servicios que, como mínimo, deberán incluir la común del Sistema

GUERRERO ZAPLANA¹⁰⁰, tal regulación “*no indica ni cuales son los medios adecuados para atender a cada enfermo, para atender a cada enfermedad, ni en qué momento deben ser utilizados, ni las pruebas diagnósticas que deben practicarse en cada caso, ni cuáles son, en definitiva, los niveles de calidad dentro de los que debe moverse la prestación de los servicios sanitarios*”). Dicho lo cual, para determinar cuándo los medios empleados han sido los correctos y, en consecuencia, se tiene por cumplida esa obligación, será preciso realizar un previo juicio de valor de la actuación de los Servicios Sanitarios a partir de un “baremo de normalidad”, teniendo en consideración su especial naturaleza¹⁰¹; es decir con arreglo al estereotipo de la conducta profesional diligente y exigible, a fin de compararla con la actuación concreta que es objeto de reclamación. Tal rasero tiene su concreción en los siguientes elementos objetivadores, de los que se ha venido haciendo eco la jurisprudencia:

3.2.1.-La Lex Artis

Constituye el elemento modulador de la responsabilidad más relevante introducido por la jurisprudencia¹⁰² como estándar de las prácticas mínimas de conducta que le son exigibles a los profesionales médicos, para determinar si ha infringido el deber objetivo de cuidado¹⁰³. En este sentido, el Tribunal Supremo, recordando que las limitaciones de la ciencia, a pesar de los avances, impiden ofrecer una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen en todos los casos y ocasiones, señala que si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la *lex artis*, no cabe apreciar la existencia de responsabilidad, “*por muy triste que sea el resultado producido*”.¹⁰⁴

Nacional de Salud. Los Servicios de Salud que no puedan ofrecer alguno de los servicios contemplados en la cartera común en su ámbito geográfico habrán de establecer los mecanismos necesarios para remitir al usuario que lo precise al centro donde le pueda ser facilitado, en coordinación con el Servicio de Salud que lo facilite. En los diferentes anexos del proyecto se recogen las carteras de servicios comunes correspondientes a las prestaciones de salud pública, atención primaria, atención especializada, atención de urgencia, prestación farmacéutica, orto protésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario. Estas carteras, en función de sus propias características, se contemplan con diferente grado de desarrollo, previéndose la posibilidad de detallar posteriormente los aspectos que se considere conveniente mediante orden ministerial. El grado de detalle de los diferentes anexos es variable, llegando a un gran desarrollo en algunas prestaciones, como la orto protésica o la de productos dietéticos. En otros casos, como en atención primaria, atención de urgencias o transporte sanitario, se ha llegado en el anexo a un grado intermedio de desarrollo que supone un avance en su concreción respecto a la anterior regulación, el Real Decreto 63/1995. Por otro lado, los avances tecnológicos y las necesidades cambiantes de la población cubierta por el Sistema Nacional de Salud exigen una actualización continua de la cartera de servicios comunes. Por ello, se establecen las bases del procedimiento para actualizar el contenido de esta cartera, a medida que avancen las necesidades y el estado de la ciencia.

¹⁰⁰ GUERRERO ZAPLANA, J. (2006) Pág. 153.

¹⁰¹ GUERRERO ZAPLANA, J. (2003). Pág. 60.

¹⁰² Así, la STS 23 de Septiembre de 2009, 24 de Septiembre de 2004 y 29 de Junio de 2001.

¹⁰³ VILLAR ROJAS señala: “*La inexistencia de criterios normativos sobre el funcionamiento de la sanidad tiene una excepción*” que se encuentra en la *lex artis*. VILLAR ROJAS (1996). Págs. 130-131.

¹⁰⁴ STS 6 de Mayo de 2015 y STS de 19 de Mayo de 2015

Según reiterada doctrina del más Alto Tribunal, la prestación sanitaria se trata de una actividad que ha de ser enjuiciada conforme a la regla de la *lex artis*¹⁰⁵, con independencia de que el resultado dañoso pueda deberse a la situación de riesgo que comporta el paciente (caso en el que nos encontraríamos ante la ruptura del nexo causal), o bien a los riesgos propios de la intervención practicada (riesgos que el paciente tiene el deber jurídico de soportar, por ser inherentes a la terapia y la praxis concreta a la que haya de someterse, de lo que deriva la ausencia de antijuricidad, aún en el caso de que concurra lesión o daño)¹⁰⁶; resultando la infracción de la *lex artis* especialmente relevante cuando lo que se invoca es el funcionamiento anormal como generador de responsabilidad.¹⁰⁷

Estamos, pues, ante un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios, que es fundamental, porque “*permite valorar la corrección de los actos médicos*”, “*impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida*” y permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad, exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión, sino también la infracción del repetido criterio¹⁰⁸, como determinante de la antijuricidad.¹⁰⁹ Prescindir del mismo conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, pues podría declararse con la única exigencia de existir una lesión efectiva, sin necesidad de demostrar la infracción del criterio de normalidad.¹¹⁰

El cumplimiento de la *Lex Artis* en el ámbito asistencial, se desglosa respecto del paciente, a su vez, en las siguientes obligaciones:¹¹¹

¹⁰⁵ STS de 16 de Marzo de 2005, con cita a su vez de la STS de 1 de Mayo de 1999.

¹⁰⁶ STSS de 22 de Noviembre de 2011 y 7 de Diciembre de 2011. En aplicación de esta jurisprudencia, el TSJ Madrid (S. 23 de Abril 2015) ha señalado que cuando los Tribunales se enfrentan ante un problema de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, es necesario fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad administrativa a la que se impute el daño; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa (esto es, al tratamiento o falta del mismo) y aquellos otros que se deben a la evolución natural de la enfermedad. Es como se identifica el criterio de la *lex artis* con el estado del saber, considerándose antijurídico sólo aquel que no supera dicho parámetro.

¹⁰⁷ Tal y como señalan las STSS de 9 de Marzo de 1998, y 10 de Octubre de 2000, entre otras. “*En esta materia, la responsabilidad viene dada por el carácter inadecuado de la prestación médica dispensada – es decir por el funcionamiento anormal-, lo que ocurre cuando no se realizan las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario*”

¹⁰⁸ En este sentido, la STS 9 de Octubre de 2012. XIOL RIOS pone de relieve “*la recuperación del principio de responsabilidad subjetiva*”, cifrando la negligencia apreciable en el médico en el incumplimiento de la *Lex Artis*. XIOL RIOS (2012). Pág. 4.

¹⁰⁹ Tal y como señala, entre otras, la STS 24 de Abril de 2012, no se considera el daño antijurídico al no existir mala praxis en la prestación sanitaria.

¹¹⁰ En este sentido se pronuncian, entre otras muchas, las STSJ Castilla-La Mancha. 502/2015, de 13 de Marzo de 2015, y STSJ Madrid de 25 de Febrero de 2013.

¹¹¹ Contenido que desglosa el Tribunal Supremo, entre otras, en la S. de 25 de Abril de 1994.

- Prestar al paciente y/o familiares una información adecuada sobre el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento (con expresión de los riesgos).¹¹²
- Aplicación de los medios técnicos, humanos y materiales disponibles, en el tiempo y lugar de la asistencia, y adecuados al estado de la ciencia.¹¹³
- Garantizar la continuidad e ininterrupción del tratamiento, hasta el alta médica, con advertencia del riesgo de abandonarlo.
- Información de la necesidad de cuidados o actuaciones posteriores para evitar el agravamiento o repetición de la dolencia en las enfermedades crónicas o evolutivas.
- Se ha incluido también el deber de custodia y conservación de la historia clínica.¹¹⁴

En términos de la doctrina general, la *lex artis* es conocida como el conjunto de reglamentaciones provenientes de pautas, protocolos, o usos que regulan las actuaciones de profesionales en el ejercicio de su oficio, y que se encuentra sujeta a continuas variables que dependen de los avances científicos y las nuevas tecnologías. Se trata, por tanto, de un concepto cambiante y evolutivo, lo que exige al colectivo médico adaptarse permanentemente a esos avances, actualizando sus conocimientos científicos, técnicos y materiales, de conformidad al estado de la ciencia reconocido por las academias científicas o similares. Este continuo cambio imposibilita que exista una regulación única, pero ello no significa que se pueda someter al personal médico a una inseguridad técnica y jurídica insalvable, por lo que en la medida de lo posible vienen redactándose documentos normativos que regulan distintas técnicas o procedimientos en cada especialidad y en cada centro, en función de sus

¹¹² Dicha información ha de ser proporcionada de forma inteligible y suficiente para posibilitar la emisión, en su caso, del consentimiento. Sobre este extremo y su repercusión en el daño moral nos ocupamos monográficamente en un capítulo del presente trabajo, siendo notorio su protagonismo en el panorama de la responsabilidad sanitaria en estos momentos.

¹¹³ A modo de ejemplo, podemos citar el caso que recoge la STSJ Madrid núm. 476/2014, de 23 de Junio de 2014, relativa al fallecimiento de una paciente por problemas de coagulación, a raíz de fracturarse la cadera tras caer de la cama por estar bajada la barrera lateral, después de una intervención quirúrgica para la colocación de una válvula mitral y de un anillo tricúspide. El Tribunal entiende que la prestación sanitaria no se ajustó a *lex artis* en una doble vertiente: no haber utilizado el personal de enfermería todos los medios a su alcance para prevenir y evitar la caída de la paciente y en la de haber faltado un adecuado control, monitorización y ajuste del tratamiento anticoagulante.

¹¹⁴ Así se recoge en la STS de 2 de Enero de 2012, relativa a la reclamación por las graves lesiones y secuelas con las que nace un bebé a raíz del parto. No constando en la historia clínica las monitorizaciones previas al parto, los registros cardiotocográficos, hoja de parto y otra documentación, no se puede saber cuándo ocurrió el sufrimiento fetal, señalando el Tribunal: “*Hubo quebranto de la lex artis, pues al no darle a los recurrentes el derecho a tener una historia clínica completa y rigurosa con el seguimiento y lo acontecido en el parto, se les ha impedido acreditar si efectivamente se produjo o no sufrimiento fetal, con lo que es la Administración, quien habiendo debido facilitar por su disponibilidad esta documentación, debe correr con los perjuicios de la falta de prueba, sobre que ciertamente no fue el sufrimiento fetal lo que causó la hipoxia del feto; se ha privado al administrado la capacidad de probar y defender una hipótesis.*”

particularidades.¹¹⁵ También, en las dos últimas décadas, el legislador se ha venido preocupando constantemente por regular la actividad sanitaria, estableciendo reglas de conducta médica, derechos de los pacientes, disposiciones sobre historia clínica, marcos regulatorios de asistencia médica y Códigos de Derecho Médico, entre otros.¹¹⁶ Sin embargo, lo cierto es que las reglamentaciones hechas por el legislador en ocasiones presentan ambigüedades, bien por omisión de contenidos o bien por resultar confusas u obsoletas, siendo lo más razonable entonces acudir a los protocolos establecidos por las sociedades científicas del orden nacional, a pesar de que llegan a constituir en algunos casos normas en blanco¹¹⁷

En el ámbito sanitario, atañe igualmente al interesado el deber de probar todos los hechos constitutivos de la obligación de indemnizar cuya existencia alegue, de manera que es a él a quien corresponde acreditar que se produjo un concreto incumplimiento de la *Lex Artis* y que esta infracción concreta fue causa de los daños y perjuicios cuya reparación o indemnización pretende. En este sentido, dado el carácter eminentemente técnico de los actos sanitarios, las alegaciones sobre una eventual negligencia médica deben acreditarse con medios técnicos idóneos, como son las pruebas periciales médicas¹¹⁸, y estas deben señalar no sólo cualquier valoración del daño resultante, sino los criterios de la *Lex Artis* ad hoc que se consideren infringidos y

¹¹⁵ La *lex artis* en materia sanitaria será entonces la aplicación de las reglas técnico-médicas a casos similares; equivalente a una actuación conforme al debido cuidado, con arreglo a las normas, reglas técnicas y protocolos propios de los procedimientos que se utilizan en la ciencia médica como guías de actuación, de manera que no constituye mala praxis el acto que se ajuste a ellas. A modo de ejemplo, la STS Rec. Casación 6454/2010, de 28 de Marzo de 2012, señala que no constituye mala praxis la no realización de pruebas que solamente estaban indicadas para pacientes de una mayor edad de la reclamante, siendo acorde por tanto a protocolo la decisión de no practicar dichas pruebas.

¹¹⁶ En España, podemos encontrar que si bien no hay un Código que regule toda la actividad sanitaria, existen una serie de normas –leyes y decretos– que procuran regular las prácticas médicas. Entre ellas, hay que destacar la Ley 30 de 1979 -sobre extracción y trasplante de órganos-; Ley 14/1986 – Ley General de Sanidad-; RD 2409 de 1986 -sobre centros sanitarios acreditados para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo-; RD 411 de 1986 -por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos-; Ley 35 de 1988 -sobre técnicas de reproducción asistida-; ley 42 de 1988 -sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos-; Ley 41/2002 - reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica-; Ley 16/2003 – sobre cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud-; Ley 44/2003 –de ordenación de profesiones sanitarias; Ley 55/2003 –estatuto marco del personal estatutario de los servicios en salud-; Ley 25/2009 -de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; -RD 1718/2010 - sobre receta médica y órdenes de dispensación-; entre otras.

¹¹⁷ Se trata de una regulación diferente a la proporcionada por el legislador tradicional, que es elaborada por el propio personal sanitario desarrollando la regulación de la normativa que debe inspirar la profesión médica internacional de la Organización Mundial de la Salud, las guías clínicas y los protocolos de los hospitales, para así evitar la configuración de una continua indeterminación normativa (indeterminación que en última instancia, podría conducir a no saber en cada caso qué puede constituir infracción del deber objetivo de cuidado, pues de acudir a un marco global de todas las actuaciones médicas, el deber de cuidado en la actividad sanitaria podría estar compuesto por la vaguedad y la confusión). Ahora bien, no debe confundirse en la *lex artis* las normas sobre deontología médica, pues éstas se refieren a la relación entre médico y paciente y a la ética de la profesión, pero no a la forma en que deben efectuarse los procedimientos médicos en un caso concreto, que es lo que debe interesar en la *lex artis*.

¹¹⁸ En este sentido, entre otras, cabe citar la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 10ª de 22 de Junio de 2010.

como, en el episodio cuestionado la infracción de los mismos condujo a una asistencia defectuosa y además relevante para producir el daño que se alega. De ahí que, sin mala praxis cierta en la atención sanitaria dispensada, ello repercute necesariamente en perjuicio de la pretensión del interesado, pues sobre él recae, con carácter general, la carga de la prueba de unos hechos que podrían constituir el supuesto fáctico de la norma legal cuyas consecuencias jurídicas pudiera invocar a su favor, según también una copiosa jurisprudencia que exige acreditar la relación de causa a efecto entre la actuación de la Administración y el daño de la víctima.¹¹⁹

La principal ventaja que implica acudir al criterio de la *lex artis* es que con ello se prescinde de la apreciación subjetiva, conduciendo a que la acción médica se compare con una conducta tipo o modelo que se toma como unidad de medida, presuponiendo que es como hubiese actuado un profesional prudente y conocedor de la ciencia y las técnicas exigibles en esas circunstancias en su profesión. Sin embargo, tal valoración es extremadamente delicada, pues al ser la medicina una ciencia experimental, no suele presentar un único método, por más que la protocolización de los actos médicos permita llegar a unas pautas seriadas de diagnóstico y tratamiento - a pesar de que quepan otros igual o más correctos aunque no tengan un uso tan generalizado-.

Pero el criterio de la *lex artis* no sólo opera con respecto a la antijuricidad, sino que además, tiene trascendencia en orden a la apreciación del nexo de causalidad, ya que su infracción permite establecer la relación entre la asistencia y el daño¹²⁰. El factor culpabilístico continúa siendo, pues, de gran trascendencia para declarar la responsabilidad, por mucho que ésta venga ligada al resultado y teóricamente no se requiera determinar si fue correcto el empleo de la técnica, de tal manera que la *lex artis* no sólo es importante para definir el daño como antijurídico o no,¹²¹ sino también

¹¹⁹ Podemos citar al respecto: SSTs de 30 de Septiembre de 2003, 19 de Octubre de 2004, 11 de Noviembre de 2004 y otras muchas), como se recoge en la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de fecha 23 de Febrero de 2011. Rec. 2693/2009, y en cuyo nexo ha de quedar demostrada no sólo la causalidad material sino también la causalidad jurídica. Por ello corresponde al reclamante justificar la vulneración de la *lex artis* por parte de las instituciones sanitarias (STS Sala Tercera de 9 de Marzo de 1998).

¹²⁰ Tal y como señala la STS de 14 de Octubre de 2002, "*Aunque en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria tiene una importancia secundaria si la actuación del servicio médico ha sido correcta o incorrecta, lo cierto es que tal apreciación permite, en primer lugar, determinar con alto grado de certeza la relación de causalidad, y en segundo lugar, concluir si el perjuicio sufrido por el paciente es o no antijurídico...*". Y así ocurre, por ejemplo, en la SJCA nº 28 de Madrid nº 321/13, de 7 de Octubre de 2013, en relación a una intervención de cúbito y radio, en la que quedan 2 trozos de broca. El Juzgado se plantea la obligación de soportar tal daño y si la actuación fue correcta, y tras tener por constatada la infracción de la *lex artis* en cuanto a la praxis y la información (no consta ese riesgo en el consentimiento informado), concluye que existe relación causa-efecto.

¹²¹ La doctrina expuesta aparece recogida en las STS de la Sala Tercera de 23 de Febrero de 2009 (recurso de casación 7840/2004) y 31/03/2009 (recurso de casación 9733/2004).

para establecer la relación causal, como examinaremos más adelante, y, en consecuencia, determinar la existencia de responsabilidad de la Administración.

A la hora de enjuiciar si una concreta asistencia se ha adecuado a la *lex artis*, se recurre a su vez, a diversos criterios, tales como:

a) Los protocolos médicos

Como hemos visto, la apreciación de que la atención sanitaria se ajusta a *lex artis* se suele fundamentar en que se hayan seguido los protocolos del centro sanitario o de la sociedad científica de la especialidad médica de que se trate.¹²² De hecho son términos que se emplean de forma equivalente (se dice de una actuación que “ha sido acorde a protocolo” o “acorde a *lex artis*”).

Dada la complejidad de la práctica médica y la necesidad de garantizar, en la medida de lo posible, que se desempeñe con la máxima seguridad, se han establecido por el colectivo médico distintos protocolos médicos (de procesos diagnósticos o terapéuticos) y Guías de Práctica Clínica (de enfermería, de urgencias, de enfermos coronarios, etc.), mediante los cuales se lleva a cabo una fijación pormenorizada de pautas de actuación, perfectamente descritas, para las distintas actuaciones asistenciales.¹²³ Su importancia no sólo viene dada por el papel que juegan en la práctica diaria, como guías consensuadas de actuación, sino también por el valor que para los jueces pueden revestir a la hora de enjuiciar las actuaciones, por la delimitación objetiva que suponen, evitando así la arbitrariedad de pericias individuales que tienen su fundamento en unos patrones médicos indemostrables (sin perjuicio del especial valor que suponen las pruebas periciales para la ilustración técnica del juzgador).¹²⁴

¹²² V. gr., el Dictamen del extinguido Consejo Consultivo de Madrid núm. 194/12, de 28 de marzo: “Sin embargo, ya hemos visto que, conforme al protocolo de la SEGO respecto de una gestante diabética, las indicaciones de cesárea son las mismas que las de parto vaginal, por lo que no sólo no era razonable informar a la gestante diabética de riesgo especial de parto vaginal frente al procedimiento de cesárea, sino que tal información no hubiese sido conforme con la experiencia médica. (...) por no estar indicada la cesárea en caso de gestantes diabéticas con preferencia al parto vaginal, ni hay mala praxis al practicar éste ni hay en este primer punto de la reclamación un déficit de información previa a la reclamante”.

¹²³ Como ejemplo, podríamos citar el Protocolo de Vigilancia de la legionelosis del Instituto de Salud Carlos III. Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica (Consejo Interterritorial de Salud, 2013), Protocolo diagnóstico de la neumonía adquirida en la comunidad y neumonía nosocomial 2010 y Actualizaciones por Legionela 2006 y 2014, siendo muy conocidos también los Protocolos de la SEGO sobre seguimiento de embarazo y parto; y en cuanto a Guías, la Guía de Práctica Clínica de la Sociedad Europea de Cardiología (ESC) para el diagnóstico y tratamiento de la insuficiencia cardiaca aguda y crónica.

¹²⁴ Si bien los protocolos sanitarios, definidos por el Tribunal Supremo como el *modus operandi* de la actuación médica para un caso concreto (STS de 3 de mayo de 2004, RJ 2004/2663) no requieren ningún acto formal de aprobación, en el sentido jurídico de la palabra, son objeto de consenso o de reconocimiento por las sociedades médicas y por la propia Administración Sanitaria, admitiendo que se

No obstante, es importante aclarar que el médico no se encuentra constreñido por el protocolo, pudiendo apartarse de él en procesos que así lo requieran, siempre que se valore la relación riesgo-beneficio para el paciente y se justifique tal decisión. Y es que puede ocurrir que las indicaciones de un protocolo sean nocivas para un paciente en concreto por concurrir en él determinadas circunstancias, de manera que lo que es bueno para unos puede ser fatal para otros, siendo imposible que en dicho protocolo se recojan todas las variables de supuestos posibles.¹²⁵ Por lo tanto, la aplicación de los protocolos requiere de la adaptación concreta e individualizada a cada paciente y supuesto¹²⁶, y de hecho, en algún caso, incluso, el Tribunal ha llevado su enjuiciamiento al margen de la observancia del protocolo, situando el verdadero foco en los hechos sucedidos.¹²⁷

b) La Lex artis ad Hoc y la Indicación Terapéutica

Junto a los protocolos, constituye otro criterio igualmente esencial la “*Lex Artis ad Hoc*”, es decir la aplicación de la *Lex Artis* (que antes hemos descrito como procedimiento clínico de alguna forma reglado) a un supuesto concreto, teniendo en cuenta las características del facultativo actuante, del paciente y del medio, así como de otros factores relacionados. Este concepto no debe confundirse con el de

trata de un conjunto de reglas objetivables que dan resultados positivos, ratificados por la experiencia, por lo que la actividad sanitaria dispensada siguiendo sus indicaciones goza de una presunción de corrección y de haber sido prestada con la diligencia exigible. Son, por tanto, un instrumento que permite contrastar lo pautado y lo realmente hecho para determinar si en el supuesto concreto ha habido cumplimiento de la *lex artis*. Los protocolos son de ámbito nacional o bien autonómico

¹²⁵ Así, lo expresa el Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid 12/2013, de 16 de enero, “*En este caso, la unanimidad de todos los médicos intervinientes (pertenecientes a tres especialidades distintas) y de la Inspección ante la corrección de la medida de mantener la intubación a la reclamante permite entender acreditado que la actuación médica se ajustó a la lex artis, partiendo del hecho notorio, frente a lo alegado por la reclamante, de que es imposible pretender sistematizar en protocolos escritos toda la práctica médica, ciencia que se caracteriza por ser inexacta (recogiendo lo expresado en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de junio de 2012 (recurso 448/2012))*”.

¹²⁶ Así se argumenta en la STSJ Madrid 81/2015 de 5 de Febrero de 2015, referida a la reclamación por las secuelas padecidas por un bebé pre término que padece colestasis neonatal. Si bien se aduce por los padres el incumplimiento del protocolo aplicable por no seguirlo de forma absoluta, se señala por el Tribunal, de acuerdo con el informe de la Inspección Sanitaria, que el protocolo para Atresia Biliar, dentro de las colestasis del lactante, de la Sociedad Española de Gastroenterología, Hepatología y Nutrición Pediátrica en el apartado “Diagnóstico” se relacionan las posibles pruebas diagnósticas y su eficacia (en términos de sensibilidad/especificidad) pero no establece que sea obligatorio realizar “*todas (...) y por el orden indicado*”. Se incide por tanto en el carácter de guía del protocolo, concluyendo que en este caso la actuación ha sido adecuada a las circunstancias específicas del caso.

¹²⁷ Es el caso de la SJCA nº 17 de Madrid 88/2015, de 25 de Febrero de 2015: una mujer embarazada reclama al haber sufrido un pinchazo al manipular un kit de medición de glucosa que se le había entregado por su médico de primaria. Ella aduce que pudo estar previamente usado por otra persona, y la Administración opone que la bolsa se entregó perfectamente cerrada y precintada, respetándose los protocolos y que la paciente pudo incurrir en falta de diligencia. El Juzgado, aludiendo a la idea de riesgo, entiende que no está acreditado que se le entregara a la actora un kit de medición que supusiera un riesgo para su salud, señalando que “*no es relevante, a la hora de resolver, el protocolo existente en el momento de los hechos*”, pues lo determinante es lo que realmente sucedió, con independencia del protocolo.

“indicación terapéutica”, que consiste en la labor de ponderación que el facultativo ha de realizar en cuanto al tratamiento que ha de utilizar, identificando los beneficios y resultados lesivos objetivamente previsibles para la salud del paciente, de tal manera que pueda valorar la conveniencia o no de la aplicación de ese tratamiento; mientras que la *lex artis* se refiere al método o procedimiento que debe seguirse.

En este sentido, la realización de un procedimiento será correcta y conforme a la *lex artis*, cuando no sea contraria a la técnica establecida por la indicación. De ahí, que la práctica de una intervención aun siendo técnicamente correcta, no podrá ser calificada como ajustada a la *lex artis* si no existe la previa indicación que determine su finalidad curativa o terapéutica.¹²⁸

3.2.2.- La cláusula de los riesgos del progreso

El artículo 141.1 de la Ley 30/1992, en la redacción surgida tras la reformada operada por la Ley 4/1999, de 13 de Enero (hoy reproducido en el art. 34 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre), supuso una de las más importantes aportaciones a la responsabilidad patrimonial sanitaria, al incluir como factor de exoneración (junto a la fuerza mayor y la culpa del perjudicado) el hecho de que el daño no se hubiese podido prever o evitar, según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquél.¹²⁹ No obstante, esta reforma fue vista como un retroceso en el asentamiento definitivo del régimen objetivo de responsabilidad atribuible a la Administración¹³⁰; deduciéndose incluso por algunos autores que con

¹²⁸ A modo de ejemplo, podemos citar el Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid 96/14, de 5 de Marzo de 2014, relativo a un paciente diagnosticado de cirrosis hepática, que es evaluado por los Servicios de Cirugía General, Digestivo y de Trasplantes de Órganos Abdominales, y dado que los estudios realizados al paciente no muestran causas de exclusión para proceder a un trasplante de hígado, existe por tanto indicación terapéutica correctamente valorada, incluyéndolo en Lista de Espera para ello. O bien el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad Madrid 502/2015, de 25 de Noviembre de 2015, en el que se valora la asistencia dispensada a un paciente que se le realiza una colonoscopia para la extracción de un pólipo con alta probabilidad de malignización, siendo enjuiciada como correcta tal indicación por la Inspección Sanitaria y la médico forense en las actuaciones penales seguidas previamente a la vía administrativa, al ser lo correcto para el caso.

¹²⁹ La reforma operada en el citado artículo por la Ley 4/1999 surge, como es bien sabido, en respuesta a los casos que se plantearon por contagios del virus de la hepatitis C (VHC) en un momento en el que aún no se había aislado este virus, constituyendo la consagración legal de la llamada “cláusula de riesgos del progreso”, de la cual se hacía eco, entre otras, la STS (Sala 3ª) de 14 de octubre de 2002. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 14 de octubre de 2002 señala que la cláusula de los riesgos del progreso fue incorporada a la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, y transpuesta a nuestro ordenamiento interno por los artículos 6.1 e) de la Ley 22/1994, de 6 de Julio y 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la modificación introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, pero anteriormente venía siendo utilizada por la jurisprudencia para definir el daño como no antijurídico cuando se había hecho un correcto empleo de la *Lex Artis*, entendiendo por tal el estado de los conocimientos científicos o técnicos en el nivel más avanzado de las investigaciones, que comprende todos los datos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica o técnica en su conjunto, teniendo en cuenta las posibilidades concretas de circulación de la información.

¹³⁰ DIAZ-REGAÑÓN GARCIA-ALCALA, C. (2003). Pág. 3.

ello se acude a un sistema de responsabilidad por culpa presunta.¹³¹ Realmente, este precepto supone una nueva matización en la concepción de la fuerza mayor y el caso fortuito, ampliándose los supuestos del primero a costa del segundo, de manera que no se responderá, por considerarse supuestos de fuerza mayor, por daños de los que antes no se debía responder por estimarse caso fortuito.¹³² Y ello, por cuanto se predicen también en la fuerza mayor eventos internos al servicio público y eventos que aun no siendo evitables no son previsibles por el estado de la ciencia¹³³; cuando la interioridad y el carácter intrínseco del evento dañoso son las notas que precisamente definen el caso fortuito.¹³⁴

Los riesgos del progreso o del desarrollo son considerados por parte de la jurisprudencia (en los órdenes civil y social) como un supuesto de fuerza mayor en las reclamaciones por asistencia sanitaria, entendiendo que al tratarse de un hecho externo, los usuarios no pueden exigir un resultado, ni una información, que esté fuera de las reglas del conocimiento humano. Sin embargo, tal calificación no es compartida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, al considerar que no se trata de un evento extraño o ajeno al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos, por lo que entiende que no cabe encuadrarlo propiamente en un supuesto de fuerza mayor, sino de caso fortuito¹³⁵.

Una cuestión no resuelta es la de concretar a quién corresponde la carga de la prueba del estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica, no existiendo un criterio definitivo al respecto por parte de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Así, en el cuerpo de la sentencia de esa Sala de 31 de Mayo de 1999 (recurso 2132/95) se afirma que corresponde en todo caso a la Administración acreditar que, según el estado del saber, no era posible prever o evitar el daño; y sin embargo, en el voto particular que se formuló a dicha sentencia se considera que la situación científica y técnica es evidente, de modo que no es necesario imponer a la Administración la

¹³¹ PANTALEON PRIETO, F. (2000bis).

¹³² La delimitación de ambos conceptos jurídicos se ha realizado con mayor profundidad y acierto por la doctrina civilista. La Administración Sanitaria es responsable ante el caso fortuito, como evento no ajeno al servicio, nota que lo diferencia de la fuerza mayor (en este sentido, SSTS Sala 3ª de 31 de Mayo de 1999, 14 de Octubre de 2002 y 25 de Enero de 2003); definido como aquel suceso indeterminado e interior al servicio por que la causa productora es desconocida pero conectada al funcionamiento mismo de la organización (STS de 23 de Septiembre de 2004 y 28 de Octubre de 2004). La Fuerza Mayor, en cambio, representa una determinación irresistible y exterior, pues aunque fuera prevista no habría podido evitarse, porque la causa es ajena al servicio (representa la idea de catástrofe, excepcional e insólito).

¹³³ ASUA GONZALEZ, C. (2002). Pág. 1001.

¹³⁴ LOPEZ CANDELA, J.E. (2008). Pág. 120.

¹³⁵ LOPEZ CANDELA, J.E. (2008). Pág. 120. No obstante, hay autores que difieren de la corriente mayoritaria, considerando que se trata de un supuesto de fuerza mayor. PLAZA PENEDES (2002). Pág. 160.

carga de probar un hecho notorio¹³⁶, concluyendo que el perjudicado ha de soportar la carga de probar el perjuicio y la relación de causalidad entre éste y la actuación de la Administración. Sin embargo, la prueba en este caso no versa sobre un hecho negativo, cuál sería la inexistencia de conocimientos en la ciencia y la técnica (pues resulta imposible probar algo que no existe), sino meramente de expresar y demostrar el estado de los conocimientos disponibles, por lo que, desde esta perspectiva, y de acuerdo con el principio de facilidad probatoria, hemos de entender que el *onus probandi* ha de recaer sobre la Administración.¹³⁷

3.3.- LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

En un sistema de responsabilidad patrimonial objetiva, el nexo causal constituye el elemento clave para poder declarar la misma, al haber desplazado este requisito al factor culpabilístico; de tal manera, que el juzgador, teóricamente, no tendría que indagar si hubo negligencia del personal que dispensó el servicio público, sino únicamente si hay relación de causalidad entre la actuación sanitaria y el resultado, por más que para esa conclusión tenga relevancia si se incurrió o no en algún error y si la práctica se ajustó a la *lex artis*.¹³⁸

Este régimen jurídico ha propiciado la errónea opinión de que cualquier daño o perjuicio derivado de la asistencia sanitaria pública está cubierto por un seguro que garantiza, en cualquier caso, su adecuada reparación, con olvido de que la jurisprudencia ha repetido incansablemente que el instituto de la responsabilidad patrimonial no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales.¹³⁹ La declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria requiere por tanto un cuidadoso análisis de los hechos, a fin de poder establecer la relación de causalidad entre la actuación de sus empleados y el resultado producido, lo que no resulta fácil cuando se trata de la salud, en cuya estabilidad, restablecimiento o pérdida confluyen tantos y tan variados factores.

¹³⁶ En los casos del aislamiento del VIH y VHC, publicaciones médicas informaron de la clonación del gen de ambos virus y en el proceso resuelto por la aludida sentencia tal circunstancia estaba acreditada.

¹³⁷ En este sentido, podemos citar las STSS de la Sala 3ª de 31 de Mayo de 1999 (recurso 2132/95), 14 de Octubre de 2002 (recurso de casación 5294/98, fundamento jurídico séptimo) y 25 de Enero de 2003 (recurso de casación 7926/98, fundamento jurídico octavo).

¹³⁸ El requisito del nexo causal resulta igualmente exigible en la responsabilidad basada en la culpa y de ella se ha ocupado la doctrina y la jurisprudencia civil.

¹³⁹ STSS (Sala 3ª) de 7 de Febrero de 1998, 19 de Junio de 2001, 26 de Febrero de 2002 y 21 de Octubre de 2002.

Para poder establecer tal relación de causalidad, la valoración de las pruebas en la instancia es tan imprescindible como decisiva, pues, si bien es cierto que el artículo 88.3 de la LJCA (recogiendo lo declarado por la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa)¹⁴⁰, permite la integración de los hechos admitidos como probados por el tribunal de instancia, no autoriza, sin embargo, a apartarse de ellos; habiendo establecido también la doctrina jurisprudencial que, por más que el nexo causal constituya una apreciación jurídica susceptible de ser revisada en casación, se ha de partir de los hechos declarados probados por el tribunal *a quo*¹⁴¹.

A pesar de que en los litigios sobre responsabilidad patrimonial sanitaria se practican o aportan pruebas periciales, informes médicos, estudios de sociedades científicas u opiniones de expertos, y aunque difícilmente es posible llegar a un certera conclusión acerca de la relación de causalidad sin contar con esos pareceres; corresponde a la Administración –en el procedimiento de responsabilidad patrimonial- y a los Tribunales en la vía judicial posterior, la tarea de definir si concurre o no el imprescindible nexo causal bajo cualquiera de sus formas.¹⁴² Y es el uso de la lógica o de la sana crítica lo que ha de llevar al juzgador a la conclusión de si concurre o no la insustituible relación de causalidad entre la actuación del servicio sanitario y el resultado producido, lo que permitirá al juez o tribunal de instancia aceptar o rechazar el resultado de la prueba pericial y al de casación enmendar o no las conclusiones sobre el nexo causal a que llegó la Sala sentenciadora, dejando plena constancia del razonamiento o juicio realizado (ejercicio que a veces lleva a aceptar las conclusiones acerca del nexo causal de la sentencia recurrida, o, por el contrario, a rechazarlas, debiendo motivar el razonamiento de la decisión).¹⁴³

Por otra parte, está completamente superada la tesis de que la relación de causalidad debe ser directa, inmediata y exclusiva, habiendo declarado la jurisprudencia que el nexo entre la actuación administrativa y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas o concurrentes, que, de existir, moderan

¹⁴⁰ SSTs (Sala 1ª) de 15 de Julio de 1983, 3 de junio y 16 de Septiembre de 1988, 11 de Junio de 1991, 3 de Octubre de 1991, 6 de Octubre de 1993, 1 de Junio de 1995 y 1 de Diciembre de 1995, y de la Sala 3ª de 14, 23 y 29 de Enero de 1998.

¹⁴¹ STSS de 11 de Mayo de 2010 (Rca. 5933/2005) y de 10 de Octubre de 2011 (Rca. 1033/2007), entre otras.

¹⁴² Ante la declaración por el Tribunal *a quo* de inexistencia de ese requisito, por no haberse expresado categóricamente en el informe pericial practicado que el defecto o deficiencia física sobrevino como consecuencia de la actuación médica, la Sala Tercera del Tribunal Supremo viene incidiendo en que es el juez quien está obligado a decidir empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica con el fin de zanjar el conflicto planteado (Sentencia de 30 de Octubre de 1999, recurso de casación 5696/99).

¹⁴³ SSTs de 26 de Septiembre de 1998 y 16 de Febrero de 1999.

proporcionalmente la responsabilidad a cargo de la Administración¹⁴⁴, como sería la concurrencia de culpas o la pérdida de oportunidad.

La complejidad en el establecimiento de la imprescindible relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño sufrido ha propiciado múltiples teorías que no son excluyentes, y que, con independencia de las tendencias de cada momento a favor de una u otra, resultan de aplicación en función del caso a resolver:

a) Teoría de la Causalidad Adecuada: De acuerdo con la cual, se trataría de establecer si la ocurrencia del daño era esperable en la esfera del acontecer normal o no; siendo, en caso afirmativo, consecuente el resultado con la actuación que lo causó, y por tanto generador del deber de indemnizar. El concepto de relación causal se reduce pues, según esta teoría, a fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final, como acto o hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho se considere consecuencia o efecto del anterior; aunque es necesario, además, que resulte normalmente idóneo para determinar el mismo, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso hasta alcanzar la categoría de “causa adecuada, eficiente y verdadera del daño”. No obstante, esta tesis ha sido considerada más como una teoría de imputación objetiva, que propiamente causabilística.¹⁴⁵

A modo de ejemplo, podemos traer a colación la STSJ Madrid de 19 de Febrero de 2015, referida a un caso en el que, como consecuencia de la impericia en una intervención quirúrgica para la colocación de una prótesis de cadera (artroplastia) en una paciente con coxartrosis, se ocasiona la inestabilidad de la prótesis con luxaciones repetitivas, que requieren el recambio protésico, a raíz de la cual se causa una lesión severa del nervio ciático izquierdo, que condiciona la amputación del miembro inferior izquierdo que finalmente hubo de realizársele por sucesivas complicaciones. El Tribunal entiende que las actuaciones médicas no fueron adecuadas ni conformes al principio de *Lex Artis* en la colocación de la prótesis, existiendo impericia. Queda patente que, de no haber realizado la incorrecta artroplastia, no se habrían producido las sucesivas luxaciones, y por tanto no habría sido necesario recambiar la prótesis; y si bien la lesión del nervio ciático se considera un riesgo a asumir en esa intervención, lo cierto es que el Tribunal entiende que de haberse realizado correctamente la implantación inicial, no se habría ocasionado dicha lesión. De forma que, establecida la

¹⁴⁴ SSTs de 25 de Enero de 1997, 26 de Abril de 1997 y 16 de Diciembre de 1997, 28 de Febrero de 1998 y 24 de Marzo de 1998, 13 de Marzo de 1999, 26 de Febrero de 2000 y 15 de Abril de 2000 y 21 de Julio de 2001.

¹⁴⁵ DIEZ PICAZO, L. (1999). Pág. 340.

intervención como *condictio sine qua non* o causa adecuada, se indemnizan por el Tribunal los días de incapacidad, la lesión del nervio ciático y el daño moral originado como consecuencia de la ausencia de Consentimiento Informado en las intervenciones, atendiendo a las circunstancias concurrentes, entre ellas y como más significativa, la repetición hasta cuatro veces de la luxación de la prótesis de cadera.

Es decir, se exige la existencia de una *condictio sine qua non*, sin la cual no se habría dado lugar a la consecuencia (de tal manera que no todos los acontecimientos van a tener la misma relevancia)¹⁴⁶, como punto de partida en el análisis del nexo causal; para lo cual en una materia tan técnica como es la medicina habrá de someterse el caso, en la mayoría de las ocasiones, a los peritos especialistas y aplicar la fórmula de la condición ajustada a las leyes de la naturaleza.¹⁴⁷

b) Teoría de la equivalencia de condiciones o de la condición: Entiende esta teoría que todas las condiciones de un resultado forman parte de su causa, siendo todas ellas equivalentes (a diferencia de la Teoría de la Causalidad adecuada, que individualiza y distingue cada una de esas condiciones). Por su parte, para la determinación de qué circunstancia puede ser considerada condición, se ha venido acudiendo a la Teoría de la *condictio sine qua non*, así como a la causalidad hipotética o la condición ajustada a las leyes de la naturaleza. Se explica el daño, por tanto, por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia hubiera evitado aquel.¹⁴⁸

Ilustrativa de ello es la STS 171/2014, de 3 de Marzo de 2014, en la que se reclama el fallecimiento de un paciente, como consecuencia de haber dejado evolucionar sin tratamiento una neumonía comunitaria que había sido detectada en el estudio radiológico preoperatorio de la intervención de segundo dedo de garra de pie derecho que le practicaron, sin que el paciente fuera informado de estos hallazgos radiológicos; administrándole fluidoterapia a chorro que le provocó un edema agudo de pulmón que agravó el cuadro clínico y le produjo la muerte por shock séptico. Estando incompleta la historia médica (no constan ni la placa ni la exploración realizada al paciente en esa misma fecha), se considera incumplido por la Administración el deber de guarda y custodia, y con apoyo en la teoría causal expuesta, el Tribunal concluye que existe

¹⁴⁶ A este respecto, cabe citar las SSTS de 26 de Septiembre de 1998 y 16 de Febrero de 1999.

¹⁴⁷ MIR PUIGPELAT, O. (2000). Págs. 235-236.

¹⁴⁸ Tesis que ha desplazado a la teoría de la Causalidad Adecuada, tal y como pone de manifiesto, entre otras, la STSJM 838/2014, de 4 de Diciembre de 2014 al señalar “a) *Que entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquel* b) *No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que –válidas como son en otros terrenos- irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*”.

relación causal entre la actuación sanitaria y el fallecimiento, considerando su causa en el conjunto de factores ocurridos.

c) Teoría de la probabilidad cualificada: Si bien los Tribunales inciden en que la determinación del nexo causal no puede fundarse en conjeturas o posibilidades, sí admiten la circunstancia de que no siempre se pueda requerir la absoluta certeza para establecer dicha relación, bastando, en casos singulares, un juicio de probabilidad cualificada. De manera que esta tesis ha sido utilizada por la doctrina jurisprudencial para estimar existente el nexo causal aun sin una prueba directa, llegando a la convicción de que existe una probabilidad determinante que permite deducir tal relación causa-efecto. Se ha utilizado con frecuencia en casos de contagio de hepatitis en los que, conocido con posterioridad que la paciente ha contraído el virus, se puede deducir de forma cualificada (y no con base en meras conjeturas), a partir de un juicio de probabilidad basado en un hecho objetivo -como es la omisión de medios de prevención por parte del centro hospitalario-, la relación causal con la asistencia sanitaria.¹⁴⁹

Esta teoría se aplica por ejemplo, en el caso de un paciente que sufre una crisis cuando estaba ingresado en un Instituto Oncológico. En dicho centro se realiza una cirugía específica e importante, por lo que es médicamente razonable prever ("probabilidad cualificada"¹⁵⁰) la originación de supuestos de urgencia vital en los que se pueda precisar una asistencia rápida y efectiva. Por lo tanto, el inadecuado diseño del sistema de guardias implica el defectuoso funcionamiento del servicio sanitario, determinándose una relación causal con el daño ocasionado al paciente, por no ser atendido ante una situación urgente por personal cualificado al estar fuera del centro (aun estando localizables).

O bien, en el caso de error de diagnóstico prenatal, que impide que la madre conozca a tiempo las malformaciones genéticas del feto, y por tanto la posibilidad de que pudiera abortar dentro de los plazos legales (el llamado *wrongful birth* del que hablaremos más adelante). Aunque no se puede conocer con exactitud si la madre hubiera abortado en caso de haber sido informada de dichas malformaciones, existen circunstancias que inducen a suponer razonablemente que no necesariamente se hubiera decantado por esa opción, lo que lleva por tanto a declarar la inexistencia de la relación causal entre la actuación del médico y el daño.¹⁵¹

¹⁴⁹ Al respecto, STSS de 12 de Septiembre de 2007 y de 4 de Diciembre de 2007.

¹⁵⁰ Como lo denominan las STSS 31 de Noviembre de 2001 y 5 de Enero de 2007, entre otras.

¹⁵¹ A este respecto, la STS (Sala 1ª) de 30 de Noviembre de 2001.

d) Teoría de la pérdida de oportunidades: También ha sido tenida en cuenta para fijar la relación de causalidad y los perjuicios que deben ser indemnizados. Esta doctrina - que analizaremos con mayor profundidad en el capítulo V- tiene especial relevancia a la hora de establecer la relación causal en casos de incertidumbre, paliando la misma mediante una reconstrucción hipotética de la sucesión de hechos.

Como ejemplo de su aplicación cada vez más recurrente, cabe citar la STSJ Castilla La Mancha 50/2014, de 3 de Marzo de 2014, referida a la reclamación por no detectar en la amniocentesis practicada a la madre durante el embarazo una anomalía genética del feto. El Tribunal establece que la relación de causalidad viene dada por la aplicación de la doctrina jurisprudencial de la pérdida de oportunidad, y así, el inicial error de diagnóstico, no lo califica como tal, sino como *“la pérdida de oportunidad de profundizar en el diagnóstico”, “al no agotar a su debido tiempo las posibilidades diagnósticas ante una lesión sospechosa”*, como la posibilidad de acogerse a la opción de interrumpir voluntariamente el embarazo; no en relación a un proceso curativo que se revelaba prácticamente imposible, sino al juego de la hipótesis de un tratamiento distinto y más procedente en la que, en suma, consiste la doctrina antedicha.

e) Teoría de la creación culposa de un riesgo: Intenta evitar que la indemnización del perjudicado sea modulada en función de las expectativas perdidas (al considerar que es el personal sanitario quien ha creado el riesgo y quien debe asumirlo íntegramente), sin hacer recaer sobre el paciente ese grado de incertidumbre que sólo debe gravar al facultativo, por haberlo generado con su actuación negligente o culposa. Traída también de la doctrina civilista, se establece la relación causal, a partir de la constatación de que el daño procede de la falta de diligencia, que ocasiona un riesgo para el paciente, en aplicación muchas veces del principio *“res ipsa loquitur”*.¹⁵²

Es el caso de la STSJM 352/2014, de 14 de Abril de 2014, sobre el suicidio de una paciente ingresada en la Unidad de Psiquiatría de un Hospital, constando hasta 70 intentos autolíticos. Pese a conocer el hospital dicho riesgo, no se advirtió al personal de ello, y tras la comida, la paciente se dirige al aseo donde se rocía con una botella de colonia que allí había y se prende fuego con un mechero (cuya procedencia se desconoce, si bien se refiere que pudo habérselo entregado un familiar), sufriendo gravísimas quemaduras que le provocaron su fallecimiento. No sólo existe un incumplimiento de las Normas de Funcionamiento de la Unidad de Hospitalización del

¹⁵² A esta teoría algunos autores objetan que emana de la propia inexactitud de la ciencia médica que, buscando el beneficio del paciente, en su práctica comporta una especial peligrosidad, por lo que no parece razonable que las consecuencias de la incertidumbre en la actuación del facultativo las asuma éste íntegramente.

Servicio de Psiquiatría (infracción de la *lex artis*) sino que se pone en evidencia que el hecho de que hubiera un frasco de colonia en este tipo de Unidad supone una falta de cuidado o negligencia que constituye un verdadero riesgo para los pacientes.¹⁵³ Es evidente que la causa inmediata de la muerte fue la propia acción de la paciente, pero sin lugar a dudas, al tratarse de una persona enferma tal fallecimiento pudo ser evitado por el centro sanitario, de haber tenido un mayor cuidado, alertando de sus repetidos y numerosos intentos de suicidio y controlando que ni poseyera ni estuvieran a su alcance objetos tan peligrosos como el mechero y la colonia.

Es igualmente ilustrativa la STSJM 1326/2010 de 22 de Diciembre de 2010: el paciente reclama porque al ser intervenido por un médico residente no experimentado, realizándole laparotomía para la extirpación de la vesícula, se le ocasiona la lesión del conducto hepático común, teniendo que ser reintervenido de nuevo por coleperitoneo y estenosis en vía biliar. El TSJ concluye que la práctica de la colecistectomía por un médico residente con escasa experiencia en este tipo de tratamientos determinó un agravamiento del riesgo inherente a la intervención (como es la rotura biliar); y si bien el riesgo de esta complicación y de otras semejantes ha de ser asumido por el paciente, no existe obligación de soportar su incremento por una causa que le es totalmente ajena y sólo depende de la organización del servicio hospitalario, reconociendo en consecuencia la responsabilidad del centro.

f) Teoría de los cursos causales no verificables¹⁵⁴: Usada por la jurisprudencia norteamericana en casos de *wrongful birth* (errores en el diagnóstico prenatal), permite al facultativo aducir que no es seguro que, de haber sido correcto el diagnóstico, la decisión del interesado hubiese sido distinta, si bien en estos supuestos se hace recaer sobre el médico la carga de probar que tal decisión habría sido la misma con un diagnóstico acertado.¹⁵⁵ Al tratarse de una teoría que se plantea en el terreno de la hipótesis, en la jurisprudencia española no sólo la encontramos en casos de diagnóstico prenatal o pre conceptual¹⁵⁶, sino también cuando se aplica la pérdida de

¹⁵³ O también la STSJM de 22 de Marzo de 2013, sobre el fallecimiento de una paciente que, estando igualmente internada en la Unidad de Psiquiatría, se arroja por la ventana. Es manifiesto también en este caso que el hecho de que la ventana de una planta destinada a Psiquiatría fuera accesible y con el hueco suficiente para que quepa una persona supone la creación de un riesgo para la vida de este tipo de pacientes aquejados de desequilibrios mentales, que da lugar a la imputación objetiva del resultado a la Administración Sanitaria (causalidad jurídica).

¹⁵⁴ Tal y como explica la STSJM de 5 de Junio de 2015, la expresión “cursos causales no verificables” se refiere a aquellos hechos en que la causalidad posible existente entre dos hechos, es decir entre una actuación y un resultado dañoso, no puede ser objeto de una explicación científica y natural.

¹⁵⁵ Es el caso de la STS (Sala 3ª) de 16 de Octubre de 2007.

¹⁵⁶ Sirva como ejemplo la STSJ País Vasco núm. 381/2011, de 13 de Abril de 2011, que recoge el caso de una pareja que deseando tener hijos, y por los antecedentes de riesgo de la mujer, se realiza un estudio citogenético antes de concebir. En dicho estudio no se detecta la cromosomopatía del cromosoma 6, a raíz de lo cual, el consejo genético se da mal por no comprender dicha información, naciendo un bebé con malformaciones. El Tribunal concluye probado que se infringió el protocolo de consejo genético,

oportunidad (que, como veremos en el capítulo referido a esta institución, entra en juego en la mayoría de los casos en los que reina la incertidumbre).

De la anterior exposición de teorías para establecer la relación de causalidad y su aplicación jurisprudencial, podemos concluir que realmente cualquiera de ellas puede ser válida siempre que permita llegar a una decisión razonada y razonable, y por consiguiente, justa. En último término, la solución dependerá de la casuística y de la postura del juez que haya de ventilar el caso, que será quien escoja la teoría que mejor le sirva para llegar a su decisión.¹⁵⁷

No obstante, hemos de tener en cuenta que, en muchos casos, resulta materialmente imposible establecer una relación de causalidad cierta, dadas las dificultades de prueba del interesado por su carencia de conocimientos y medios para fijar la misma o bien por el desconocimiento intrínseco al estado de la ciencia sobre el funcionamiento de algunos procesos causales. En tales circunstancias, los Tribunales parecen tender a *“contentarse con la probabilidad de su existencia”*¹⁵⁸. Por otra parte, y dada la sensibilidad de los daños que se suelen reclamar en este ámbito, se produce otro interesante fenómeno, y es que las exigencias sobre los requisitos del nexo de causalidad parecen relajarse ante casos de muerte y lesiones físicas, en los que frecuentemente juega la piedad como justificación para forzar los argumentos a favor del reconocimiento indemnizatorio.¹⁵⁹

3.4.- LA LESION

3.4.1.-Concepto:

Tratándose la responsabilidad patrimonial de una responsabilidad por resultado (es decir, por el daño), la lesión o el daño antijurídico constituye presupuesto matriz, en función del cual llegan a quedar determinados los demás requisitos para el nacimiento de la misma.

y alude a la teoría de los cursos causales no verificables para analizar cuál hubiera sido la voluntad de los padres en caso de haber conocido el riesgo; y señala que la Administración no puede beneficiarse de un curso causal que nunca podrá ser verificado, y ello por causa de la omisión propia, e indemniza a los padres con 360.000€.

¹⁵⁷ MIR PUIGPELAT, O. (2000). Pág. 258.

¹⁵⁸ DE ANGEL YAGÜEZ, R. (1995). Págs. 76 y 77.

¹⁵⁹ LOPEZ MENUDO, F. (1990). Pág. 339.

La anterior Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, y la nueva Ley 40/2015, de 1 de Octubre (LRJSP) denominan lesión al daño con relevancia jurídica, y lo definen como daño antijurídico que el particular no tiene la obligación de soportar de acuerdo con la Ley. Lo abstracto de esta formulación obliga a dotar de contenido el concepto de lesión en cada supuesto, a través de su interpretación y aplicación al caso concreto.¹⁶⁰

Siendo la lesión el auténtico centro de gravedad del sistema resarcitorio, surge -como hemos visto al hablar del carácter objetivo de la responsabilidad- la necesidad de precisar al máximo su construcción técnico jurídica, a fin de evitar el riesgo de indebidas interpretaciones y aplicaciones del sistema, y que se convierta en una *“fórmula inespecífica que pudiese amparar cualquier pretensión indemnizatoria por absurda que fuese o remitir a valoraciones de equidad según libres estimaciones de los aplicadores del Derecho”*.¹⁶¹

Para delimitar la lesión susceptible de poner en marcha el instituto de la responsabilidad patrimonial, podemos realizar las siguientes precisiones:

- El concepto jurídico de lesión no equivale al concepto vulgar de perjuicio o daño, y ello, por cuanto por lesión no ha de ser considerado cualquier detrimento o pérdida, siendo necesario que tal perjuicio sea antijurídico.¹⁶²
- Por otro lado, como ya hemos visto en anteriores epígrafes, esa antijuricidad no deriva del hecho de que la conducta del autor sea contraria a derecho, sino de que el perjudicado no tenga “obligación de soportar” el perjuicio, tal y como lo dispone el art. 34 Ley 40/2015, de 1 de Octubre (reproducción del art. 141 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre); lo que implica la inexistencia de causas de justificación que legitimen como tal dicho perjuicio. Por tanto, estaremos ante una lesión o daño antijurídico, siempre que no concurra un título jurídico

¹⁶⁰ En este sentido, la SAN de 24 de Mayo de 2000 aclara: *“la lesión es un daño ilegítimo, pues no todo perjuicio es constitutivo de una lesión en el concepto jurídico del término, porque si bien toda lesión es integrante de un daño y perjuicio, no todo daño y perjuicio es constitutivo de lesión”*.

¹⁶¹ Riesgo del que advierte García de Enterría, al conocer las críticas (con especial referencia a Pantaleón), al sistema del que él había sido claro exponente, aconsejando “cuidado” con respecto a la lesión. GARCIA DE ENTERRIA, E. (1998). Pág. 371 y ss.

¹⁶² *“Sólo será antijurídico aquel daño que constituya una lesión en sentido técnico-jurídico. Técnicamente hablando, por tanto, la lesión sólo existe cuando el daño sea antijurídico; es decir, cuando la actuación administrativa suponga la infracción o, si se quiere, la no realización de una prestación que tenga derecho a obtener el administrado en su esfera relacional con la administración pública actuante. Ni que decir tiene que esa prestación debida e insatisfecha con virtualidad para engendrar la lesión puede consistir en un dare/facere (en cuyo caso la lesión surgiría de una simple omisión) o en uno non facere u omitere (en cuyo caso la lesión surgiría de la eventual causación de un riesgo o daño positivo evitable. Si esa prestación jurídica existe a favor del administrado, surgirá la lesión en caso de que la Administración demandada no haya satisfecho la misma (por omisión o por causación de riesgos que podrían haberse precavido o eliminado) con independencia de que el órgano administrativo haya obrado o no conforme a sus reglamentaciones o directrices de actividad”*. CASTAN MARTINEZ, L.M. (2001). Pág. 3.

que determine como aceptable el mismo, de manera que no sería antijurídica, por ejemplo, la asunción de riesgos consentidos en una intervención quirúrgica, al existir como título legitimador el consentimiento otorgado por el perjudicado.

3.4.2.- Los riesgos generales de la vida o las cargas de la vida en sociedad

La concurrencia de responsabilidad patrimonial se articula, en definitiva, en torno a dos aspectos. Primero, que la ley no establezca expresamente el deber jurídico de soportar el daño (antijuridicidad) y, segundo, que no se trate de una carga general que el ciudadano deba soportar como consecuencia de su inserción en la sociedad.¹⁶³ Por lo tanto, para analizar el requisito de la antijuridicidad del daño, es clave el concepto de "cargas generales de la vida social". La Administración, al ejercitar sus potestades y prerrogativas legalmente definidas en satisfacción del interés general, puede imponer a los ciudadanos obligaciones y cargas que éstos deben soportar sin compensación alguna (los casos más paradigmáticos son los impuestos y las sanciones), y sin que de ellas se derive responsabilidad alguna para la Administración, al ser legítimo el perjuicio causado; evitando así que se desborde el sistema por una mala interpretación del carácter objetivo con el que está configurada.¹⁶⁴

En los pronunciamientos de nuestros tribunales podemos encontrar un concepto de lesión que va ligado al sentir social dominante en un momento dado sobre lo que el ciudadano debe tolerar en cuanto a los perjuicios e inconvenientes que le cause la actividad pública. En este sentido, el TS (Sala 3ª) ha indicado, entre otras en su sentencia de 28 de Octubre de 1998 que *"para que el daño sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a la utilización del servicio público haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social"*; lo que se ha venido a denominar "riesgos generales de la vida".¹⁶⁵ Esta referencia a la

¹⁶³ Vid. la STS de 29 de octubre de 1998. La diferencia entre el concepto de «lesión antijurídica» y la expresión «cargas generales» se establece con toda claridad en el Dictamen del Consejo de Estado 464/1995, de 16 de marzo, según el cual *"la primera de estas nociones identifica ciertos perjuicios que son singular e individualizadamente causados a determinadas personas o entidades como consecuencia de una determinada actuación administrativa y que aquéllas no están obligadas a soportar. Por el contrario, las cargas generales se refieren a las molestias o perjuicios que el funcionamiento de los servicios administrativos pueden originar, con carácter general e indiscriminado, a todos o a un grupo genérico de ciudadanos y que, siendo consecuencia de los fines públicos y colectivos a que responden los aludidos servicios, los ciudadanos afectados deben soportar"*.

¹⁶⁴ Particularmente descriptivo es el Dictamen del Consejo de Estado de 8 de julio de 1971 al señalar que *"los daños causados por el normal funcionamiento de los servicios públicos son, por lo común, cargas no indemnizables que los administrados tienen el deber jurídico de soportar a causa de su generalidad; sin embargo, cuando la carga pasa de ser general a singular y entraña un sacrificio excesivo y desigual para algunos de los administrados, se convierte en una lesión indemnizable en razón a la particular incidencia dañosa de la actividad administrativa, sobre el patrimonio del perjudicado."*

¹⁶⁵ Tal y como expresa la STS (Sala 1ª) de 22 de Febrero de 2007: *"Es un criterio de imputación del daño al que lo padece la asunción de los riesgos generales de la vida (STS 21/10/2005 y 5/1/2006), de los*

conciencia social y a la necesaria unión entre derecho y sociedad, no es sino una manifestación más de un acertado precepto formulado en el art. 3.1 del Código Civil, según el cual *“las normas se interpretarán... según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.”* Ahora bien, este referente de la sociedad, que es cada vez más exigente frente a la Administración, no debería llevar a desfigurar el sistema de responsabilidad administrativa para, olvidando el requisito relativo a la antijuricidad del daño, pretender indemnizaciones por la mera ocurrencia de sucesos desgraciados en la esfera privada del ciudadano. El amparo del individuo y la atención a esas situaciones desafortunadas debería llevarse a cabo, a nuestro juicio, a través de políticas sociales –basadas en la solidaridad colectiva- pero no mediante una figura jurídica cuyo fundamento está en el perjuicio que sin razón alguna puede causar la Administración a sus ciudadanos.

3.4.3-Los requisitos de la lesión:

Sin perjuicio de que la norma no tipifica ni determina los daños que tienen repercusión jurídica, sí concreta los requisitos que deben reunir para que se dé tal circunstancia, y así el art. 32.2 Ley 40/2015, de 1 de Octubre (y antes el art. 139.2 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre) señala que *“En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”*.¹⁶⁶

a).- La efectividad o certeza del daño y la prueba

La efectividad implica la certeza del daño, es decir la realidad del mismo, lo que excluye la eventualidad o simple posibilidad,¹⁶⁷ aunque no los daños ciertos que si bien no se han producido, lo harán indefectiblemente (daños futuros), y ello por cuanto no debe confundirse la certeza del daño con su actualidad, pues nada impide que haya

pequeños riesgos que la vida obliga a soportar (STS 11/11/2005 y 2/3/2006), o de los riesgos no cualificados, pues riesgos hay en todas las actividades de la vida (STS 17/7/2013) en aplicación de la regla “id quod plerumque accidit” (las cosas que ocurren con frecuencia, lo que sucede normalmente) que implica poner a cargo de quienes lo sufren aquel daño que se produce como consecuencia de los riesgos generales de la vida inherentes al comportamiento humano en la generalidad de los casos, debiendo soportar los pequeños riesgos, que una eventual falta de cuidado y atención comporta en la deambulación por los lugares de paso”.

¹⁶⁶ Requisitos que, por otra parte, ya eran exigidos por la Jurisprudencia con anterioridad a la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, como puede comprobarse entre otras en las STS (Sala 3ª) de 2 de Febrero de 1982, y 7 de Febrero de 1981.

¹⁶⁷ GUERRERO ZAPLANA, J. (2003). Pág. 105.

certidumbre con respecto a un daño que todavía no se ha manifestado¹⁶⁸. Y es que, habiéndose definido la certeza del daño como la ausencia de dudas sobre su realidad o, dicho de otro modo, como la seguridad acerca de su producción, no hay obstáculo alguno para que esa certeza se proyecte hacia el futuro siempre que se cumplan determinados requisitos como es su realidad (serían por ejemplo las consecuencias futuras que se prevén ciertas por la pérdida de un ser querido, o las secuelas que se conoce se producirán en un niño que nace con malformaciones).¹⁶⁹ Y ello, por cuanto para saber si un daño es indemnizable no sirve la distinción daño actual/daño futuro, sino entre daño cierto y daño eventual; de manera que se admite la indemnización del daño futuro si éste es prolongación inevitable de un daño actual.¹⁷⁰

La exigencia de esta certeza, realidad o efectividad¹⁷¹, se traduce en la necesidad de acreditar su existencia, lo que no quiere decir que se exija una total exactitud en su cálculo y evaluación, puesto que una vez demostrada la realidad del daño, la valoración de la indemnización se hace por aproximación a partir de diversos criterios que se estudiarán en el apartado correspondiente.

La certeza se presenta, a los ojos de la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia, tanto nacional como comparada, como indispensable para que pueda tener lugar la reparación o el resarcimiento del perjuicio. Por tanto, el daño que sufre el perjudicado, además de que deba ser propio, esto es, inferido a un interés relativo a su persona o a sus bienes, ha de aparecer como hemos referido, como un daño cierto, real, efectivo, y no simplemente eventual, auténtico y no mera molestia¹⁷². Y es que el daño eventual o hipotético no puede ser objeto de reparación, porque en tal caso se estaría, por un lado, enriqueciendo injustamente a la supuesta víctima (en cuanto que no es seguro que ésta haya experimentado pérdida alguna ni que la vaya a sufrir en el futuro), y, por otro lado, se estaría haciendo soportar al presunto responsable consecuencias que, al menos hasta ese momento, no se han determinado como efecto de su conducta. Por esta razón, y en principio, no basta con

¹⁶⁸ Tal y como señala la STS de 2 de Enero de 1990 son indemnizables los perjuicios “no sólo cuando se trate de consecuencias lesivas pretéritas y actuales, sino también de futuro acaecimiento, pero por supuesto, siempre que, por su carácter fatal derivado de esa anterioridad o actualidad, sean de producción indudable y necesaria por su acaecimiento en el tiempo, no cuando se trate de acontecimientos autónomos y con simple posibilidad”.

¹⁶⁹ Como ejemplo, podemos citar la STSJM 234/2014, de 26 de Marzo de 2014, en la que se indemniza con 60.000€, por falta de consentimiento informado y las lesiones ocasionadas a un recién nacido pre término al ir a intubarle. El Tribunal señala que aunque se desconoce qué daños neurológicos específicos se habrán derivado de la situación de hipoxia, el daño se produjo, si bien no se conoce el porcentaje atribuible a la praxis.

¹⁷⁰ CERDA OLMEDO, M. (1973). Pág. 624.

¹⁷¹ Como señala la STS de 10 de Diciembre de 2009 (Rec. C. 1885/2008).

¹⁷² VILLAR ROJAS, F.J. (1999). Pág. 49.

que el demandante alegue un daño para que surja a cargo del supuesto causante el deber de reparar, sino que para ello es preciso demostrar la existencia del mismo. Y algo parecido ha de decirse respecto de la conducta generadora de riesgo o peligro para un interés, que no dará lugar a reparación mientras no se materialice en un daño real y efectivo recaído sobre aquél, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la responsabilidad penal, donde tal conducta, siempre y cuando se encuentre tipificada, será tomada en consideración a los efectos de fijar la pena correspondiente. Sin embargo, la certeza no debe entenderse de forma absoluta, pues la propia jurisprudencia se ha ido encargando de relativizarla, admitiendo que pueda quedar diferida en el tiempo, ya que no tiene que probarse en todo caso que el daño era cierto en el mismo momento de producirse el hecho lesivo.

En conclusión, debemos precisar que la nota de la certeza del daño conlleva para el perjudicado la carga de aportar la prueba atinente a los dos extremos siguientes: a) de una parte, debe probar que el daño es real en su existencia, lo cual no significa que deba haberse verificado ya en el momento en que se ejercita la acción dirigida a la declaración de la responsabilidad, puesto que como hemos visto es perfectamente posible la existencia de un daño futuro y, a la vez, cierto; b) y, por otro lado, debe demostrar igualmente que el daño es real o cierto también en su cuantía.

De entre los daños personales, materiales o morales, son sin duda éstos últimos los que, por su propia naturaleza, van a plantear mayores problemas de prueba, por lo que será más difícil su reclamación al no poder encajarlos en la nota de certeza, sustentándose en ocasiones sin pruebas con base en una “certeza moral” (circunstancia que ha servido de atractivo para acometer este trabajo).¹⁷³ Así pues, la certeza va a depender del tipo de daño; cuestión a la que nos dedicaremos en el siguiente capítulo.

b).- Evaluable económicamente

Junto al requisito de la certeza, se exige para considerar resarcible el daño, que éste sea evaluable, es decir que pueda ser evaluado o calculado económicamente,

¹⁷³ En este sentido, la STS de 23 de Febrero de 1998 afirma que los daños y perjuicios *en ocasiones pueden presumirse producidos y condenar a satisfacerlos sin razonar sobre las pruebas de su existencia que se tiene por evidente*. Es lo que se viene denominando “certeza moral”, basada en el convencimiento moral del juzgador en aplicación de las reglas de la sana crítica, y que en ocasiones ha sido suficiente para el Tribunal Supremo cuando es imposible llegar al convencimiento absoluto sobre los hechos (STS 25 de Octubre de 1989).

sirviendo para ello cualquier método admisible en derecho, entre los cuales se encuentran los citados en el art. 34 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre (que explicaremos en el último capítulo específico sobre la valoración del daño).

La evaluabilidad de los daños tiene por objeto excluir del concepto de lesión resarcible las simples molestias y los perjuicios no significativos, producto en muchos casos de la organización del servicio condicionado por la vida en sociedad y la limitación de los recursos públicos (esperas para ser atendidos en consulta, habitaciones compartidas en hospitales, etc.), que no llegan a la consideración de jurídicamente relevantes.

Como veremos más adelante, con respecto a los daños corporales o personales, a pesar de las objeciones planteadas y dudas sobre su legalidad, se vienen utilizando los baremos establecidos para indemnizar los daños de la misma naturaleza que se producen con motivo de los accidentes de tráfico cubiertos por el seguro obligatorio (Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de Octubre, y posteriormente *Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*), lo que facilita sin duda su evaluabilidad. Pero no ocurre así con los daños morales, que son los que ofrecen dificultades a la hora de ser evaluados, ya que por su propia naturaleza no son susceptibles de valoración económica en sentido estricto, lo que conlleva que su indemnización más que una reparación constituya una sustitución aproximada o más bien simbólica en compensación de su padecimiento. La valoración de los daños morales es, sin duda, uno de los principales problemas a resolver por el Derecho, asunto al que dedicamos el último capítulo como colofón de este trabajo, dadas las controversias existentes y la dispersión en las soluciones que se van ofreciendo.

c).- Daño individualizado

Finalmente, junto a los anteriores requisitos, tal y como establece el art. 32.2 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre y antes el art. 139 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, la lesión ha de ser irrogada a una persona concreta o a un grupo de personas individualizado, sin que quepa entender que, por la generalidad de los afectados, no se trata más que de cargas comunes que ha de soportar la colectividad; de tal manera

que si el daño es general o universal, no puede calificarse el daño como antijurídico¹⁷⁴. Con este requisito se viene a reafirmar por tanto la no indemnizabilidad de las cargas comunes de la vida social, constituyendo en muchos supuestos un verdadero caballo de batalla su delimitación.¹⁷⁵

4.- EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA

Otro aspecto fundamental a tener en cuenta al estudiar las singularidades de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, es el hecho de que, por lo general, se trata de una responsabilidad asegurada¹⁷⁶, al haber optado casi la totalidad de las Comunidades Autónomas por un modelo de seguro privado que cubre la responsabilidad civil derivada de los actos de su personal y de la explotación de los centros sanitarios, dejando atrás las críticas y prejuicios planteados en un primer momento.¹⁷⁷

Frente a la opción del auto seguro (donde la propia Administración responde de los daños con su patrimonio), el contrato de seguro de responsabilidad civil constituye una técnica para gestionar el riesgo, y, como tal, establece el proceso para identificarlo y evaluarlo, permitiendo sustituir un coste incierto y elevado por un coste cierto y que se puede prever presupuestariamente (la prima), mediante la transferencia del riesgo a la

¹⁷⁴ GUERRERO ZAPLANA, J. (2000).

¹⁷⁵ VILLAR ROJAS (1999.). Págs. 54 y 55.

¹⁷⁶ En España, tal posibilidad fue autorizada a través de la Ley 31/1990, de 27 de Diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, estableciéndose en su Disposición Adicional 6ª que “Se podrán concertar seguros que cubran la responsabilidad civil profesional del personal al servicio de la Administración del Estado, de sus Organismos Autónomos, de las Entidades Gestoras y de los Servicios Comunes de la Seguridad Social en los que concurran circunstancias que hagan necesaria dicha cobertura. La determinación de las funciones y contingencias concretas que se consideren incluidas en el ámbito del párrafo anterior corresponderá al titular del Departamento, Entidad o Servicio correspondiente”. Y en virtud de tal autorización, el INSALUD aseguró la responsabilidad de sus médicos a través de una Compañía Aseguradora. Actualmente, son cinco las Compañías que se reparten el mercado de los seguros de responsabilidad sanitaria pública en el ámbito nacional (Adeslas Segurcaixa, Zurich, Sham, Berkley y Mapfre), con algunos casos particulares, como son las Islas Canarias (que si bien no tiene suscrito ningún contrato en el ámbito autonómico, si tiene hospitales que cuentan con seguros para la actividad de sus profesionales), Comunidad Valenciana (cuya Administración sanitaria tampoco tiene seguro, pero sí ha suscrito una póliza que incluye la defensa en la vía penal y las indemnizaciones civiles derivadas de la condena), y Cataluña (donde el Instituto Catalán de la Salud, Catsalut y los Colegios de Médicos tienen contratada una póliza conjunta que cubre la responsabilidad del médico con independencia de si presta un servicio público o privado). DIARIO MÉDICO (ENERO 2016) Págs. 2 y 3.

¹⁷⁷ El aseguramiento de la responsabilidad en un principio fue considerado inmoral, por cuanto no estaba bien visto que quien causaba un daño injusto pudiera librarse de sus consecuencias trasladándolas a un tercero a cambio de una cantidad económica. Se trataba de un contrato inmoral que hubo de evolucionar a la par que la figura de la responsabilidad civil hasta convertirse en uno de los pilares del actual derecho de daños. Se daba la contradicción además de que si bien el seguro no cubría los daños causados culpablemente por el asegurado, sin embargo sólo era responsable si la conducta había sido negligente o culpable. Incluso con posterioridad a su reconocimiento legal en nuestro Ordenamiento, la Dirección General de Seguros en su resolución de 26/6/1996 (publicada en Revista de Derecho de los seguros privados, mayo-junio 1997 págs. 28 y ss) desaconsejó esta práctica para la responsabilidad patrimonial; si bien la evolución legal y doctrinal han permitido instituir este sistema, tras remover los obstáculos que se oponían a su uso, estando hoy en día legalmente reconocido.

compañía aseguradora¹⁷⁸; lo que resulta de gran utilidad para la Administración al lograr con ello una mayor estabilidad presupuestaria. Junto a ello, existen otras razones que han movido a los Servicios Autonómicos a suscribir este tipo de pólizas, como es la presión que históricamente han ejercido los profesionales sanitarios para garantizar que no tengan que ser ellos los que sufraguen sus propios seguros.

Por otro lado, el aseguramiento de la responsabilidad supone que entre en juego la posibilidad de que el perjudicado o sus herederos, como terceros perjudicados, reclamen contra la Compañía directamente (en ejercicio de la denominada “acción directa”, tal y como contempla el art. 76 de la LCS).¹⁷⁹ Ello permite que el interesado reclame contra la Administración en vía patrimonial, o sólo contra la Aseguradora, o bien contra ambas conjuntamente (debiendo en este caso acudir a la JCA, en virtud del litisconsorcio previsto en la LO 19/2003).¹⁸⁰ La acción directa ha supuesto y continua suponiendo una de las mayores fuentes de controversia en nuestros Tribunales, llegando a denunciarse su uso abusivo, en fraude de ley, al utilizarla como una especie de vía revisoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración; encontrando casos en los que tras aventurar una posible resolución desestimatoria de la Administración, el interesado desiste de dicha vía para someter el asunto a la jurisdicción civil e intentar así obtener un pronunciamiento distinto.¹⁸¹

Tal y como pone de relieve MIR PUIGPELAT, el vacío normativo material y procesal sobre el seguro de la responsabilidad patrimonial “*es sencillamente escandaloso*”¹⁸², pues tras la Ley 31/1990, de 27 de Diciembre que, en su Disposición Adicional 6ª, permitió el aseguramiento de la responsabilidad sanitaria pública, no hubo un acompañamiento de las reformas necesarias para integrar esta circunstancia en el sistema de responsabilidad patrimonial vigente, dando lugar a una situación caótica. De manera que, en aquellos Servicios Autonómicos que disponen de dicho seguro, los trámites y relaciones con la Compañía se han de regir por la propia póliza y protocolos internos de funcionamiento, insertándose dichos trámites en el procedimiento

¹⁷⁸ Sobre esta definición, SALVADOR CODERCH, P. (2000).

¹⁷⁹ La acción directa que tiene su antecedente en la responsabilidad derivada de la circulación de vehículos a motor, encuentra su fundamento en la consideración de que la víctima como tercero no puede ser extraño al contrato de seguro, otorgándole una mayor tutela mediante la posibilidad de que pueda accionar directamente contra la aseguradora. Dicha acción está expresamente reconocida en el art. 76 de la LCS, y hoy en día si bien sigue siendo excepcional su ejercicio, es conocida por su mayor rapidez frente a la acción de responsabilidad patrimonial, e incluso por la mayor cuantía de sus indemnizaciones.

¹⁸⁰ La cuestión jurisdiccional ha planteado constantes controversias que han sido objeto de pronunciamiento por la Sala de Conflictos del TS.

¹⁸¹ Sobre este particular, ASENSI PALLARES, E. Y CID LUNA, I. (2015). Págs. 637 a 639.

¹⁸² PUGPELAT MIR, O. (2004). Pág. 25.

administrativo sin estar legalmente previstos, lo que supone que los interesados no tengan conocimiento real del cauce procedimental de sus reclamaciones. Así por ejemplo, no se contemplan pasos tan importantes como es la valoración del caso por la Comisión formada por Administración y la Compañía.

Pero los problemas no sólo derivan de conjugar el procedimiento legalmente establecido con el procedimiento interno derivado de la póliza del seguro, sino que tal vacío ha propiciado el planteamiento de dudas constantes y diversos puntos de controversia, como son:

- La dicotomía entre la responsabilidad patrimonial de la Administración con sujeción a Derecho Público y la responsabilidad civil de la Compañía sujeta a Derecho Privado.
- Los derivados de la responsabilidad objetiva de la Administración; por cuanto si bien el contrato de seguro no ha de obstar a esa configuración objetiva, debiendo ser compatibles sus cláusulas; lo cierto es que las Compañías suelen valorar la responsabilidad desde la culpa.
- El especial régimen de representación de la Administración, que determina que en el ámbito contencioso, la aseguradora no pueda asumir su dirección letrada.
- Los que derivan de la relación entre el principio de autotutela decisoria y la acción directa del perjudicado frente a la Compañía; planteándose la duda de si ésta puede indemnizar sin la previa declaración de responsabilidad patrimonial por parte de la Administración. Parece claro, que dicha prerrogativa es exclusiva para la acción de responsabilidad patrimonial, pero no para una acción que tiene un régimen propio sometido a Derecho civil, entendiendo que se trata de acciones separables; sin embargo, lo cierto es que no resulta un obstáculo el hecho de que la jurisdicción civil, para resolver la acción directa, deba pronunciarse sobre la responsabilidad patrimonial, pues tal posibilidad se reconoce en el art. 42.1 LEC otorgando a dicho pronunciamiento un efecto prejudicial en cuanto a la declaración de hechos probados. A este respecto, y aunque pueda parecer extraño se ha señalado que para resolver la acción directa los Tribunales Civiles aplicarán los parámetros de la responsabilidad patrimonial.¹⁸³

Por otro lado, otra cuestión relevante a tener en cuenta es que los pliegos del seguro no dan cobertura al 100% de las indemnizaciones que se imponen a la Administración, al presentar límites en cuanto a las cuantías (se fijan importes máximos anuales y

¹⁸³ Así lo argumenta el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del TS de 22 de marzo de 2010, rec. 25/2009.

sublímites por víctima); ni tampoco a la totalidad de los riesgos que ocurren con motivo de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, al existir supuestos que se encuentran expresamente excluidos o que no están incluidos en las coberturas contratadas, bien por tener una regulación propia que obliga a la contratación de un seguro específico (ensayos clínicos, instalaciones radioactivas, circulación de vehículos a motor, ...), o bien por otros motivos. Precisamente, una de las causas de más controvertidas ha sido la exclusión de los daños morales llamados “autónomos” no consecutivos de daño corporal (que, como veremos en el desarrollo de este estudio, serían por ejemplo los casos de falta de información sobre malformaciones del bebé durante el embarazo o la falta de información o consentimiento informado), al aplicar las Compañías la exclusión de “*daños inmateriales que no sean consecuencia de daños materiales y corporales, garantizados por el contrato*”. Esta exclusión se ha convertido en un problema para las Administraciones, pues si bien hace unos años no eran frecuentes las condenas por daños morales si no eran conexos a un daño corporal, como veremos, son cada vez más habituales las sentencias que indemnizan estos perjuicios de forma autónoma, lo que ha supuesto que en muchos casos la Administración haya tenido que hacer frente a cuantiosas indemnizaciones por este concepto. No obstante, se han dictado varias sentencias en las que los Tribunales realizan una interpretación restrictiva de dicha cláusula, sosteniendo que no cabe considerar dentro de dicha exclusión el daño moral, por cuanto, de la interpretación general del contrato no se puede deducir que la voluntad de los contratantes fuera la de excluir el daño moral, entendiéndose que si no aparece como riesgo excluido está dentro de la cobertura del contrato.¹⁸⁴ Ello ha obligado en muchas de las Comunidades Autónomas a eliminar tal exclusión de las nuevas pólizas que se han ido contratando e introducir nuevas fórmulas a costa del correspondiente incremento en la prima. No obstante, cabría plantear la conveniencia de mantener ciertas exclusiones en cuanto a los daños ocasionados con motivo de deficiencias en la documentación clínica (omisión de consentimientos informados, extravío de pruebas o documentos de la historia clínica...), pues si tales indemnizaciones son abonados por los centros sanitarios, podría cuantificarse y valorarse de primera mano lo que esa falta de cuidado les supone, siendo un buen acicate para mejorar el sistema.

Otra importante exclusión es la que se refiere a los perjuicios que se puedan producir en ejecución de actos administrativos normativos, como las listas de espera o calendario de vacunaciones.

¹⁸⁴ A este respecto, PELAYO PARDOS, S. (2011).

No obstante, las cuestiones relacionadas con la cobertura se consideran algo interno entre la Administración y la Aseguradora dentro de su relación contractual, por lo que los Tribunales han entendido improcedente entrar a examinar si los hechos reclamados se encuentran o no incluidos en la póliza de seguro suscrita¹⁸⁵, debiendo responder la Administración frente al ciudadano con independencia de que esté cubierta o no la indemnización. Eso sí, como hemos visto, dado que el aseguramiento de esta responsabilidad supone la puesta a disposición de una nueva vía de reclamación para los usuarios de la sanidad pública (la acción directa contra la Compañía Aseguradora en cuestión, en la jurisdicción civil), para exigir el cumplimiento de dicha póliza de responsabilidad como tercero perjudicado¹⁸⁶; la exclusión de cobertura determinará que desaparezca tal posibilidad, por lo que en este sentido el reclamante resulta interesado en conocer si su caso tiene encuadre en la póliza aplicable.

En la actualidad, con la entrada en vigor del nuevo baremo indemnizatorio en materia de tráfico, aprobado por Ley 35/2015, de 22 de septiembre, *“de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”*, que supone un alto incremento de las indemnizaciones y por tanto un aumento del coste de las pólizas, coincidente con un momento de ajustes presupuestarios de las Administraciones, el panorama del seguro sanitario público se presenta complicado e incierto, al desconocer el verdadero alcance de la nueva situación tanto las Compañías Aseguradoras como las Administraciones; aunque lo único que se presenta con certeza es que ello se traducirá en un evidente aumento de la prima.

5.- CONCLUSIONES:

1. Si bien la responsabilidad extracontractual de las Administraciones tiene su nacimiento en el principio general de la responsabilidad *aquiliana*, fundamentada en la culpa o negligencia del agente causante, su regulación ha terminado siendo totalmente ajena a las pautas del Derecho Civil. No obstante, nos encontramos en un momento en que la responsabilidad patrimonial parece tender a subjetivarse, y la civil a objetivarse, en lo que podría atisbarse un intento de acercar ambas instituciones.

¹⁸⁵ STSJM Núm. 840/2012, de 3 de Diciembre de 2012.

¹⁸⁶ Lo que constituye una fórmula de socialización de los riesgos generados por el sistema público sanitario. PEMAN GAVIN, J. (1994). Pág. 311.

2. La objetivación con la que se pretendió vestir la responsabilidad patrimonial en su regulación originaria y decimonónica viene planteando continuos problemas y disconformidades. Uno de ellos es la diferencia de interpretaciones y planteamientos de los casos entre las Administraciones y sus aseguradoras, que orientan las pólizas al funcionamiento anormal de la Administración, huyendo de la responsabilidad objetiva.
3. Al optar por un sistema de responsabilidad objetiva, tan amplio y tan costoso para la Administración, se impide que esos recursos económicos puedan asignarse a fines sociales, que podrían paliar desigualdades y satisfacer la necesaria justicia social. Por dicho motivo, parece más lógico y solidario sustituir el sistema por uno más barato, que entrara en juego sólo ante los casos de funcionamiento anormal de la Administración. El régimen de responsabilidad no debe equipararse o confundirse con un sistema de asistencia social universal, pues nada tienen que ver ambas instituciones, aunque mantengan una relación de vasos comunicantes: a más seguridad social, menos espacio para la responsabilidad.
4. Una adecuada interpretación de los presupuestos técnico-jurídicos de la institución podría ser suficiente para evitar los excesos y abusos que la jurisprudencia ha prodigado con respecto a la cláusula de la objetividad. Esta correcta interpretación no pasaría por reinterpretar o matizar el carácter objetivo de la responsabilidad, sino por depurar el concepto de daño antijurídico, respecto a lo que se propone una más estricta concepción del mismo. La Sala Tercera del TS se muestra ambigua a la hora de aclarar si en materia sanitaria la responsabilidad surge sólo, o por regla general, ante un funcionamiento anormal del servicio sanitario o por el contrario ha de determinarse en virtud de esa configuración objetiva. En la mayoría de las sentencias, sobre todo en los casos estimatorios, se reitera que es doctrina consolidada la que entiende que la responsabilidad es objetiva o por resultado, al igual que en el resto de ámbitos de actuación administrativa; y, sin embargo, sobre todo cuando se trata de desestimar, el Tribunal defiende que sólo existe esa responsabilidad cuando se ha vulnerado la *lex artis*, es decir ante una actuación que no ha sido correcta.
5. Resulta muy criticable que el TS siga afirmando de forma meramente retórica que la responsabilidad es siempre objetiva y que para mantener dicha ficción desvirtúe otros requisitos de la institución, como la causalidad, y, sobre todo, el daño antijurídico y la cláusula de exoneración de los riesgos del desarrollo, interpretándolos en una clave culpabilística que le es totalmente ajena.
6. En el ámbito sanitario, resulta materialmente imposible en muchos casos establecer una relación de causalidad cierta, dadas las dificultades de prueba del interesado por su carencia de conocimientos y medios para fijar la misma o bien

por el desconocimiento intrínseco al estado de la ciencia sobre el funcionamiento de algunos procesos causales. En tales circunstancias, los Tribunales parecen tener por suficiente la probabilidad de su existencia. Junto a ello, y dada la sensibilidad de los daños que se suelen reclamar en este ámbito, se produce otro interesante fenómeno, y es que las exigencias sobre los requisitos del nexo de causalidad parecen relajarse ante casos de muerte y lesiones físicas, en los que frecuentemente juega la piedad como justificación para forzar los argumentos a favor del reconocimiento indemnizatorio.

7. La responsabilidad sanitaria de la Administración, huérfana de la regulación específica de la que gozan otros sectores, funciona hoy desde una institución construida jurídicamente en el Siglo XIX. Esto supone un desfase abismal al valorarse desde tales parámetros una medicina que ha evolucionado y que es propia del Siglo XXI en el que nos encontramos, poniendo en evidencia la necesidad de actualizar conceptos y mecanismos resarcitorios.

CAPITULO II.- EL DAÑO MORAL SANITARIO: SU DOBLE VERTIENTE COMO LESION RESARCIBLE Y CONCEPTO INDEMNIZATORIO

- 1.- Ideas preliminares: el daño sanitario
- 2.- Orígenes y evolución histórica del daño moral
- 3.- La evolución del daño moral en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, y en especial en el ámbito sanitario
- 4.- El daño moral: aproximación a su concepto
 - 4.1.- Algunas formas de llegar a una definición
 - a) La definición Negativa
 - b) La definición en función de la clasificación de los daños como Patrimoniales y extrapatrimoniales.
 - 4.2.- El daño moral más allá del *pretium doloris*
 - 4.3.- Su concepción por el Tribunal Supremo y la graduación del daño moral
 - 4.4.- El uso del daño moral para enmascarar la indemnización de daños patrimoniales
- 5.- ¿Cuándo es resarcible el daño moral sanitario?
 - 5.1.- No es daño moral resarcible la mera situación de malestar, incertidumbre o Incomodidad: "el riesgo general de la vida" como criterio negativo de imputación
 - 5.2.- La Certeza y la prueba del daño moral
 - 5.2.1.-La certeza, la carga de la prueba y los principios generales
 - 5.2.2.-La inversión de la carga de la prueba
 - 5.2.3.- ¿Debe probarse el daño moral?: el equilibrio entre la certeza y la Dificultad de Prueba.
 - 5.2.4.- Presupuestos para la prueba: idoneidad y apreciación
 - 5.2.5.- El daño moral y las presunciones
 - 5.3.- El daño moral como daño abstracto, presunto y sancionatorio
- 6.- Conclusiones

1.- IDEAS PRELIMINARES: EL DAÑO SANITARIO

Como hemos visto, en un sistema objetivo como el nuestro, el daño constituido en lesión a través del criterio de la antijuricidad se configura como elemento protagonista de la institución de la responsabilidad patrimonial. Sin embargo, no encontramos en las leyes reguladoras de la responsabilidad un concepto de daño en general; limitándose la norma a enunciar de forma abstracta la obligación de reparar los perjuicios ocasionados por acción u omisión, sin tipificar los que son resarcibles o jurídicamente relevantes¹⁸⁷. De la misma forma, tampoco el daño moral se encuentra específicamente contemplado en la normativa, ni tan siquiera en el Código Civil; aunque es unánimemente aceptado

¹⁸⁷ Parece que no ha existido preocupación en los tratadistas para ocuparse de determinar tal denominación, quizás por considerarlo sobreentendido o fuera de discusión, en palabras de Brebbia. BREBBIA, ROBERTO H. (1967). Pág. 29.

que tiene un adecuado encaje en la exégesis de esa amplísima obligación de “*reparar el daño causado*” que contempla su art. 1902.¹⁸⁸

Ante tal indeterminación normativa, es la doctrina la que ha tenido que elaborar este concepto, sin perjuicio de que, con el fin de incluir en él los tipos de daños resarcibles que van surgiendo con la evolución social, lo haya hecho a través de concepciones abiertas e indeterminadas en las que tienen cabida los daños que son relevantes en cada momento.¹⁸⁹ Y es que, en los países herederos del *Code* francés, como ya referíamos en el capítulo anterior, ha sido la jurisprudencia junto con la doctrina, la que se ha ocupado de ordenar el sistema de responsabilidad, a través de principios reguladores y de criterios a adoptar ante las cuestiones que se han venido planteando, poniéndose de manifiesto también en sus sentencias algunas de las premisas que son clave para la configuración del daño con relevancia jurídica:

1º) Por mucho que un individuo entienda que haya de ser indemnizado por el perjuicio que dice haber sufrido, lo cierto es que dentro de la amplitud del concepto de daño, se advierte que al Derecho no le interesan todos los perjuicios susceptibles de producirse en la vida cotidiana. Muy al contrario, el Ordenamiento selecciona a cuáles cabe atribuirles unos determinados efectos jurídicos. Cuál sea el criterio determinante de dicha selección es la cuestión que debe resolverse, con el objeto de alcanzar un concepto del daño jurídicamente relevante; porque, sólo teniendo en cuenta que un mismo hecho dañoso puede dar lugar en algunos casos a responsabilidad y otras veces no, podemos afirmar que no existe una determinación de daño en sentido jurídico que derive de su propia naturaleza, sino que viene dado por circunstancias extrínsecas a él, lo que conlleva la necesidad de determinar cuáles son esas circunstancias.¹⁹⁰

2º) Por otro lado, teniendo en cuenta que el Ordenamiento jurídico no tutela bienes, sino derechos e intereses, resulta preciso que entre el objeto material sobre el que recae el daño y el sujeto titular del mismo exista una relación de

¹⁸⁸ Ello ha llevado a algunos autores a afirmar que el daño moral es una creación jurisprudencial. BARRIENTOS ZAMORANO, M. (2007). Pág. 31.

¹⁸⁹ En tal sentido se han pronunciado, al hablar del concepto general de daño, DÍEZ-PICAZO, L., (1999). Pág. 307 y VICENTE DOMINGO, E. (1994). Pág. 225.

¹⁹⁰ Una de estas circunstancias es, sin duda, la sociedad que va parametrizando en su progresión lo que es aceptable y lo que no; observándose junto a ello como, a través de los Tribunales y los Consejos Consultivos autonómicos también se marcan tendencias en cuanto a los daños que han de ser resarcidos en cada época (ejemplo claro de ello es el *boom* de la pérdida de la oportunidad que sustenta hoy en día la mayor parte de las indemnizaciones en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, así como el “castigo indemnizatorio” ante la falta de información y consentimiento que se viene practicando en los últimos tiempos).

interés, lo que, además, va a dotar al individuo de la legitimación necesaria para instar y ser acreedor del derecho a poder ser indemnizado.

3º) Y, por último, dado que el Derecho por su propia naturaleza regula tan sólo relaciones de alteridad, se hace también necesario que el responsable del daño no se identifique con el titular del interés dañado, es decir, se requiere que el responsable sea siempre un tercero. Circunstancia que también se pone en relación con el requisito de la antijuricidad, pues el daño ocasionado a sí mismo no goza de tal propiedad, recayendo en el propio causante la obligación de soportarlo.

Al hablar de daño sanitario –no sólo por los ciudadanos, sino también en muchos textos- confusamente, se emplean términos como error sanitario, impericia o imprudencia médica, o negligencia; cuando, tal terminología se refiere realmente a la conducta que ocasiona o genera el perjuicio, que no debe confundirse con el daño entendido como el efecto o el resultado lesivo de la actuación sanitaria (ya sea individual, del profesional sanitario o no sanitario, o colectiva –de un servicio específico, o de un centro sanitario, o de la actuación conjunta de varios centros-), que al reunir los caracteres jurídicos repasados en el anterior capítulo, pasa a constituir una lesión resarcible por ser generadora de responsabilidad patrimonial. Esta distinción resulta esencial, pues no olvidemos que lo que pondrá en marcha el mecanismo resarcitorio no es la conducta lesiva, sino la consecuencia de ésta, es decir, que se haya producido un daño antijurídico. Ello supone que podamos encontrar muchos casos en los que la actuación médica no ha sido la correcta, pero si no ha causado ningún daño antijurídico, no conlleven indemnización alguna, por muy reprobables que parezcan los hechos (por ejemplo, en un retraso diagnóstico de un paciente que fallece, si no ha tenido incidencia tal demora en el fallecimiento al devenir por otros motivos naturales; no existiría el debido nexo causal, no siendo por tanto el daño indemnizable).

Ciñéndose nuestro trabajo al ámbito puramente asistencial de la Administración Sanitaria, antes de pasar al detalle de la tipología de daños más característicos, conviene repasar los distintos hechos causantes que con mayor frecuencia originan la presentación de una reclamación patrimonial¹⁹¹, y que suelen devenir de alguna de las formas de infracción de la *Lex Artis*: error sanitario (diagnóstico o terapéutico), impericia (falta de conocimientos en determinada acción sanitaria o la aplicación

¹⁹¹ Como se ha afirmado “la responsabilidad sanitaria es poliédrica y según el ámbito desde el que la analicemos veremos que tiene unos u otros protagonistas”. CORBELLÀ i DUCH, J. (2015). Pág. 1.

incorrecta de aquellos), imprudencia (cuando se omiten las precauciones necesarias, omitiendo las elementales reglas de cuidado), o daño fortuito (por caso fortuito o por fuerza mayor); bien de la escasez de medios materiales y humanos en los centros sanitarios y unidades móviles o bien de problemas organizativos. A su vez, estos casos pueden encuadrarse en los siguientes:

- 1.- Actuaciones (por acción u omisión) de médicos, enfermeros, auxiliares y demás personal sanitario y no sanitario, incluida la falta de medidas de vigilancia (casos de suicidio).
- 2.- Descoordinación o mal funcionamiento de los distintos equipos médicos, servicios o departamentos de un centro sanitario; o entre varios centros (sorprendentemente, la falta de comunicación o la comunicación ineficaz entre el personal sanitario se ha revelado como una importante causa de gran parte de los errores médicos)¹⁹².
- 3.- Deficiencias en la estructura organizativa de los centros y servicios sanitarios (es decir, cuando el daño es consecuencia de las órdenes e instrucciones emanadas de los despachos de dirección),¹⁹³ por limitaciones presupuestarias, escasez de medios personales o materiales, listas de espera mal gestionadas, huelgas, etc.
- 4.- Niveles de pureza, eficacia y seguridad en las instalaciones y servicios que son imputables a la Administración Sanitaria (infecciones nosocomiales).¹⁹⁴

Estos hechos pueden generar tanto daños personales como daños patrimoniales; si bien al centrarse este trabajo en el daño moral, sólo trataremos la primera categoría¹⁹⁵, que a su vez se desdobra en las siguientes modalidades¹⁹⁶:

¹⁹² La falta o deficiente comunicación entre los miembros de los equipos médicos incide negativamente en la asistencia dispensada al paciente, poniéndose de manifiesto que el 66% de los errores médicos “es por no hablar entre médicos”. Así se recoge en Diario Médico (2/05/2016). Pág.16. <http://www.diariomedico.com/2016/05/02/area-profesional/normativa/el-66-de-los-errores-es-por-no-hablar-entre-medicos>

¹⁹³ Sobre esta responsabilidad se pronuncia, especialmente, la SAP Guipúzcoa de 29 de Septiembre de 2014.

¹⁹⁴ En estos supuestos, la Administración ha de acreditar que se adoptaron las medidas precautorias suficientes para asegurar la asepsia de las instalaciones hospitalarias, a fin de evitar que el paciente soportara los riesgos derivados de su ingreso, cuando los mismos eran previsibles y evitables, o bien debe justificar que concurría un supuesto de fuerza mayor, pues una de las funciones de los Servicios Públicos Sanitarios es la de impedir la presencia de gérmenes nocivos en sus establecimientos que puedan originar daños en quienes son atendidos en ellos (en este sentido STS Sala 3ª, de 13 de Julio de 2000).

¹⁹⁵ Al versar este trabajo sobre el daño moral que surge en el ámbito de la asistencia sanitaria, no incluimos los daños patrimoniales que podrían reclamarse. No obstante, sí parece que son excepcionales las solicitudes que se presentan por los pacientes o sus familiares reclamando una indemnización por dichos daños patrimoniales cuando se ha ocasionado un daño corporal, y más excepcional aún su reconocimiento. En caso de estimarse una indemnización por este concepto, hasta ahora se ha venido incluyendo la partida correspondiente a la pérdida de ingresos como factor de corrección en el baremo de

a) Daños Corporales (son los que afectan a la integridad física de la persona, pudiendo conllevar además daños morales conexos):

- Lesiones (de carácter temporal) o secuelas (de carácter permanente, que a su vez pueden ser incapacitantes o no):
 - Complicaciones o secuelas tras intervenciones quirúrgicas, pruebas diagnósticas o tratamientos.
 - Efectos adversos de medicamentos, vacunas, o productos sanitarios (prótesis).
 - Los llamados “daños iatrogénicos”.¹⁹⁷
 - Contagios víricos o infecciosos.
 - Agravamiento de enfermedades por error o demoras, o alargamiento de los días de ingreso o tratamiento.
 - Los derivados del seguimiento del embarazo y la consecución del parto.
 - Los derivados de los ensayos médicos (sometidos a normativa especial).¹⁹⁸
- El fallecimiento si bien es un daño corporal, como analizaremos más adelante, únicamente puede dar lugar a la reclamación de daños morales por los allegados (al no ser invocable como daño corporal la propia muerte).

b) Daños morales¹⁹⁹ (afectan a la personalidad del individuo, a su libertad, identidad, intimidad, dignidad e integridad, y como veremos más adelante pueden presentarse ligados al daño corporal o bien de forma autónoma):

- Respecto a la autonomía de la voluntad:
 - por defectos o ausencia de consentimiento o información, sobre una intervención o tratamiento.
 - por la imposibilidad de optar al aborto legal a causa de un error en la información prenatal o preconceptiva (casos de *wrongful birth*).
 - por la imposibilidad de decidir sobre la procreación de hijos, al fallar un método anticonceptivo implantado o practicado por los Servicios Sanitarios (*wrongful conception*).

tráfico, si bien con el nuevo baremo es previsible que se modifique la instrumentalización de este concepto indemnizatorio.

¹⁹⁶ Distinción que realiza GARCIA SERRANO, F. (1972). Págs 802 y 803.

¹⁹⁷ Son los daños ocasionados por un acto médico debido, que a pesar de realizarse correctamente no consigue la recuperación de la salud del paciente, a causa del desarrollo lógico e inevitable de determinada enfermedad, por factores propios de la patología enfrentada o por factores particulares del paciente (ya sea su hábito constitucional, su sistema inmunitario, su forma de reaccionar o disreaccionar, o cualquier factor desconocido pero evidentemente existente, o sea idiopático).

¹⁹⁸ Actualmente, su regulación es la contemplada en el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, y el Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos.

¹⁹⁹ Esta clasificación del daño moral y sus diversas formas de aparición en la jurisprudencia es objeto de estudio en el Capítulo IV del presente trabajo, relativo a las manifestaciones del daño moral.

- Daño moral por fallecimiento de un allegado.
- Dolor físico (el llamado “pretium doloris”).
- Sufrimientos por diagnóstico erróneo de enfermedades (lo que se conoce como “falsos positivos o falsos negativos”).
- Incertidumbre, zozobra, inquietud, o cualquier estado anímico lacerante derivado de un incorrecto acto médico.

Como analizaremos a lo largo del presente estudio, todos los supuestos de daños sanitarios pueden dar lugar a la invocación de un daño moral, aunque no significa que en todo caso vaya a tener la relevancia jurídica suficiente para poder generar el derecho a obtener una indemnización. Siendo este matiz esencial para afrontar el estudio del daño moral, antes de poder analizar sus peculiaridades en la responsabilidad patrimonial sanitaria, hemos de comenzar por el repaso de este tipo de daño de forma general, desde el cual iremos descendiendo al detalle.

2.- ORÍGENES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DAÑO MORAL

La ambigüedad que rodea a lo atinente al daño moral llega, incluso, hasta la labor de averiguar en qué momento se introdujo tal figura como daño resarcible en el Derecho Europeo, y en este sentido son varias las tesis que se plantean al respecto.

Tomando como punto de referencia el Derecho Romano (a partir de la interpretación que se hizo del mismo), en un principio fue negado el carácter resarcible de los perjuicios inmateriales, aduciendo que la *Lex Aquilia* únicamente obligaba a reparar pecuniariamente los daños ocasionados a las cosas, animales o esclavos (es decir a los objetos de comercio, que estaban dotados de un valor de mercado); excluyéndose, por tanto, esa resarcibilidad en el caso de los hombres libres por entender inmoral traducir su cuerpo en dinero. Es a través de la *Inuria*, referida a lesiones físicas o al hecho ofensivo o ultrajante, como fue ampliándose la responsabilidad a las lesiones de la personalidad humana, acogiéndose mediante la *Actio Iniuriarium* la posibilidad de indemnizar el daño no patrimonial (si bien, lo cierto es que la consecuencia era más sancionatoria que indemnizatoria).²⁰⁰

Posteriormente, llegada la Edad Media, a través de “Las Siete Partidas” de Alfonso X, “El Sabio”, que recepcionaba el Derecho Común, en su Partida VII, se reconoce ya, expresamente, que el daño resarcible puede ser tanto el que se sufre en las cosas

²⁰⁰ Evolución que resume VICENTE DOMINGO, E. (1994). Págs. 91 y ss.

como en uno mismo por culpa de otro, es decir tanto el patrimonial como el extra patrimonial. Sin embargo, y a pesar de esta previsión normativa, los juristas medievales siguieron anclados en el Derecho Romano, prevaleciendo la doctrina jurídica de la patrimonialización de la responsabilidad, y quedando desamparados los derechos de la personalidad a lo largo de los años, pues, si bien se protegía al individuo como titular de bienes materiales, ninguna relevancia se daba a los bienes que integran su ser.

Parece ser que el término daño moral tiene su origen en una interpretación latina influenciada por el derecho canónico de la institución del derecho germánico antiguo *Wertgeld* (*rescate de sangre o dinero del dolor*); concepto que se planteó ya no como una pena, sino con un fin resarcitorio, en respuesta al esquema de la *utilis actio legis aquiliae*. De esta acepción se derivaría el término moderno del derecho alemán *Schmerzensgeld*, siendo posteriormente utilizado y aplicado en la península itálica y en los antiguos territorios francos²⁰¹.

El *Code* francés no mencionaba expresamente el daño moral, por lo que se entendió de forma generalizada que tal silencio del legislador significaba cierta negación tácita del mismo, a lo que se añadían las objeciones clásicas que fueron recogidas por los teóricos de la codificación: en cuanto a que la indemnización del daño moral no cumple la función de restablecimiento del patrimonio, lo escandaloso que a su juicio resultaba discutir sobre el honor, los afectos, el dolor..., y la imposibilidad de apreciar el daño si no es de forma absolutamente arbitraria.²⁰² Los autores del Código Civil francés, formados todos en la doctrina canonista, intentaron supeditar la “responsabilidad civil” a la “responsabilidad moral”, situando la “culpa” en el centro del sistema de la responsabilidad civil; por cuanto al bascular la moral en las nociones del bien y del mal, entendían que era requerido que mediase culpa o dolo del responsable o autor del daño para la reparación del daño causado. Por este influjo del Derecho Canónico, el Derecho común reelabora por completo los conceptos de daño e interés; llevando a examinar, además de la culpa, las necesidades y la situación personal de la víctima del daño. De esta forma, al identificarse responsabilidad moral y legal se

²⁰¹ BARRIENTOS ZAMORANO, M. (2008). Pág. 86.

²⁰² En contra de dichos perjuicios, Díez-Picazo señala en relación con el Código de Napoleón y el reconocimiento del daño moral, que “*Los términos del artículo 1382, que menciona cualquier daño, son tan amplios que permiten tanto el daño material como el moral; la reparación pecuniaria imperfecta del perjuicio moral debe preferirse a la falta de toda reparación; en toda decisión judicial hay siempre algo de arbitrario, pero la dificultad de la apreciación no debe influir en la prosperabilidad de una demanda justa*”. DIEZ-PICAZO, L. (1999), Pág. 95. Igualmente, sobre esta cuestión, BREBBIA, R.H. (1967). Pags. 87-95.

impone por tanto la indemnización de aquellos perjuicios que inciden en el fuero interno del individuo que los padece, el *dommage moral* (que específicamente se tradujo como daño moral). De tal manera que los tribunales franceses fueron superando lentamente las objeciones hasta entonces planteadas, para reconocer de forma paulatina la resarcibilidad del daño moral en algunos supuestos concretos hasta llegar a la idea de su plena resarcibilidad, con su consagración en la jurisprudencia francesa que encontró el respaldo normativo en la fórmula general del art. 1382 del Code.

Con la Constitución de Weimar es cuando, verdaderamente, se contempla a la persona no sólo en su dimensión patrimonial sino como titular de derechos inherentes a su naturaleza sobre los bienes de su personalidad, surgiendo así la preocupación por conferir una mayor tutela a los derechos de la personalidad no sólo desde una perspectiva civil, sino también penal. No obstante, para el resarcimiento de los daños inmateriales hubo que esperar aún más, dadas las ataduras y perjuicios morales que consideraban indigna la conversión en dinero de unos bienes estimados de tan elevada naturaleza.

Se distingue así entre el daño patrimonial y el no patrimonial, y se define éste por exclusión del primero; criterio que hoy en día viene manteniendo la jurisprudencia y la doctrina. Resultando, así, que el daño “no patrimonial” (al que también se le ha llamado “daño moral”) queda integrado por todas aquellas manifestaciones psicológicas, afectivas, emocionales o íntimas que sufre un perjudicado por el acaecimiento de una conducta indebida, y que no son constatables de forma directa en el ámbito económico. A su vez, según indica DÍEZ- PICAZO²⁰³, parafraseando a JOSSERAND, el daño moral puede revestir dos aspectos diferentes, por un lado en cuanto al patrimonio moral (del que surge un interés moral), y por otro en cuanto a los afectos y sentimientos.

Con tales antecedentes, la evolución europea de la codificación, ha llevado a la coexistencia de dos sistemas distintos: El amplio (francés), en el que existe sólo la cláusula general del “daño reparable”, siendo tarea de los tribunales ir delimitando los casos particulares de resarcibilidad. Y el restringido (alemán) en el que el daño moral se reconoce expresamente, pero sólo en forma excepcional, indemnizándolo sólo en los casos previstos por la Ley. Ambos esquemas presentan pros y contras, y así en el primero, si bien la cláusula general o abierta evita que algunos daños realmente

²⁰³ DÍEZ-PICAZO, L. (2009). Pág. 2.

injustos queden sin indemnizar, el factor arbitrario determina la imprevisibilidad del sistema. Por su parte, el alemán adolece justo de lo contrario, ya que aunque se disminuye la arbitrariedad judicial, la restricción del mismo lleva a que se den casos que, siendo dignos de resarcimiento, se queden indemnes.

En lo que respecta a España, aunque como ya se ha dicho en el Código Civil el daño moral no está expresamente previsto, tampoco lo excluye, por lo que tenía y tiene plena cabida en el tenor amplio del art. 1902. Realmente, el primer texto legislativo en el que se recoge expresamente el daño moral parece encontrarse en las normas del Código Penal de 1944, al regular la responsabilidad civil procedente de los delitos o faltas.²⁰⁴ A partir de él, la doctrina española acogió la indemnización de los daños morales causados por los delitos, sin que hasta la fecha se haya definido o determinado con claridad qué delitos generan daños morales y cuáles no; de forma que, a diferencia del Derecho alemán e italiano, en los cuales sólo se indemnizan los daños morales en los supuestos previstos en una Ley, en nuestro Ordenamiento, a falta de norma legal especial, el daño moral *“es un daño genéricamente entendido y genéricamente subsumible en la norma de acuerdo con la cual se indemnizan los daños”*.²⁰⁵

En cuanto a la evolución jurisprudencial cabe distinguir varias fases:

1ª) En la primera, frente a la admisión de los daños corporales incluida la muerte, en sentencias como la STS de 6 de Diciembre de 1882 o la de 11 de marzo de 1889, se niega la indemnización del daño moral porque no siendo valorable, no es posible fijar la cantidad en que consiste el perjuicio; planteándose diversas críticas al respecto por considerar que no existe razón de ser para indemnizar daños físicos y no los daños morales.²⁰⁶

2ª) La segunda fase se inicia con la famosa STS de 6 de Diciembre de 1912, que ocupa una posición de transición, indemnizándose no el daño moral puro, sino los perjuicios patrimoniales que indirectamente causa. Es sostenida por nuestra Doctrina

²⁰⁴ La STS Sala de lo Penal, de 29 de Junio de 1987 resume el panorama del daño moral en el ámbito penal: *“En España, los Códigos Penales del S. XIX no se refieren al daño en cuanto a los perjuicios morales; el Código de 1928 en su art. 75 precisaba que, en los delitos contra el honor, calumnias, injurias y difamación, se tendrá muy especialmente en cuenta, para la valoración del daño, el que represente el desprestigio y sufrimiento moral en sí mismo, aunque no repercuta en el patrimonio del ofendido; en el Código de 1932, en la reparación del daño, se ha de tener en cuenta el valor de afección para el agraviado, lo que supone un hito importante en el camino del reconocimiento del resarcimiento del daño moral y, finalmente, en el art. 104 del Código Penal de 1944, de modo explícito, se reconoce el derecho a la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados al ofendido o a su familia”*.

²⁰⁵ DIEZ PICAZO, L. (2008). Pág. 70.

²⁰⁶ GARCIA SERRANO, F. (1972). Pág. 815.

la idea de que el reconocimiento de la indemnizabilidad de los daños morales en vía extracontractual arranca de esta sentencia. Un importante periódico de difusión nacional había publicado una noticia que resultó ser falsa, en la que se decía de un fraile capuchino que era “raptor y suicida” y se ponía en tela de juicio el honor y la fama de una joven con la que se afirmaba que el fraile había tenido una escandalosa relación. El Tribunal, sin calificar el daño propiamente como moral, refiere las distintas manifestaciones del daño moral como consecutivos de otros daños materiales y sociales²⁰⁷, reconociendo el daño de la joven consistente en la dificultad que podría encontrar para contraer matrimonio provechoso con el consiguiente menoscabo económico. Al ser recurrida por los demandados, aduciendo la inexistencia de norma expresa que posibilitase la indemnización del daño moral, el TS ratifica la corrección de la sentencia de instancia, defendiendo que el juzgado no declaró ningún derecho nuevo; sino que, valiéndose de las reglas de equidad, se limitó a aplicar “*principios jurídicos más o menos claros y distintamente expuestos, pero ya preexistentes, que definen el daño en sus diversas manifestaciones*” (aludiendo a Las Partidas)²⁰⁸. Así pues, esta sentencia, de forma innovadora, introduce y acepta el daño moral como perjuicio indemnizable, aunque referido, en la generalidad de los casos, a una serie limitada de bienes jurídicos definidos por la doctrina como de *utilitas inestimable* (entre las que se encuentran las intromisiones en el honor e intimidad), dando lugar a un cambio en la mentalidad de los juristas de la época hacia la admisión del daño moral como resarcible.²⁰⁹

3ª) Con la STS de 14 de diciembre de 1917 se abre la tercera fase, en la que se admite la indemnización de daños morales con independencia de sus posibles repercusiones patrimoniales, a favor de un médico por el menoscabo causado en su

²⁰⁷ El extracto de la importante STS (Sala 1ª) de 6 de Diciembre de 1912, señala: “Los daños morales pueden ocasionar daños materiales, y por ellos cuando se ataca la honra, el honor y fama de la mujer, los bienes morales en mayor estima y su menoscabo, la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada, hay que procurar una norma reguladora estableciendo una responsabilidad civil pecuniaria que si nunca es bastante como resarcimiento absoluto, es al fin la que se aproxima más a la estimación de los daños morales causados a la perjudicada, que llevan consigo como consecutivos naturales y lógicos otros daños: los materiales y los sociales. La indemnización de los perjuicios no descansa siempre en la prueba que haya de practicarse en el litigio, sino en el reconocimiento de la discusión, no solo por esto, sino porque la honra y el decoro son cosas que están por encima del comercio humano, y solo quien las pierde puede apreciar en todo su valor, y nadie más que el tribunal, dada la naturaleza del juicio, debe fijar su importe”.

²⁰⁸ Esta es la opinión, entre otros, de VICENTE DOMINGO, E. (1994). Pág. 173.

²⁰⁹ La idea de “daño moral” reaparece en la STS (Sala 1ª) de 13 de Noviembre de 1916, dictada en el caso en el que un catedrático de Derecho Mercantil y prestamista había sido objeto de un escrito de un colega suyo, a su juicio difamatorio, dirigido al rector de la Universidad al que propone la apertura de un expediente. En esta sentencia, al distinguirse la acción civil de la acción penal, se dice que el ejercicio con éxito de la acción civil depende de la existencia del daño y acude a un llamado “daño moral” que, lógica y positivamente, conlleve también quebrantos materiales sin cuya determinación no son aplicables los preceptos legales que se citan.

fama y reputación profesional, al ser expulsado de una corporación profesional.²¹⁰ A partir de este momento, la evolución jurisprudencial viene marcada por la constante y progresiva ampliación del ámbito de daños morales²¹¹, hasta llegar a supuestos tan curiosos como el de la STS de 23 de mayo de 1975, que concede indemnización a un compositor por el daño moral causado por quienes hicieron una versión pop de una pieza musical suya.

Si bien los daños morales han ido extendiéndose en su aplicación a distintos ámbitos, es en materia de tráfico donde ha tenido una mayor revelación la autonomía del daño moral, pasando a tener identidad propia tras largos años en los que aparecía confundido con los daños corporales. Tal reconocimiento se ha ampliado de forma progresiva también al ámbito sanitario.

Esta figura que ha llegado a considerarse, incluso, como una “*anomalía*” del Derecho²¹² ha sido calificada como “*descubrimiento jurisprudencial que cambia el panorama jurídico*”²¹³, y su desarrollo ha llevado al TS a otorgar plena “carta de naturaleza” a su reparación, llegando al reconocimiento del daño moral en plenitud²¹⁴ y superándose así una doctrina anticuada, dejada atrás por la jurisprudencia²¹⁵.

3.- LA EVOLUCIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, Y EN ESPECIAL EN EL ÁMBITO SANITARIO

²¹⁰ La STS de 14 de Diciembre de 1917 argumenta que: “*cabe distinguir perfectamente entre la calificación jurídica del daño patrimonial y el daño moral, y por ello, tratándose de acuerdo de una Asociación Médica, ilícito y que ha sido causa de menoscabo causado en la fama y reputación profesional del demandante a quien se le condenará al aislamiento profesional y publicidad del acuerdo por medio de la prensa, se impone la aplicación del art. 1902, y cuando las partes interesadas no lleguen a algún acuerdo para graduar la cuantía del daño causado, a los Tribunales corresponde adoptar un criterio de evaluación deducido de los datos que resulten del procedimiento*”.

²¹¹ Se abandona de esta forma el criterio materialista y formalista que primaba, acudiendo a la equidad como forma de corregir un régimen que de aplicarse de una forma rígida, resultaría inadecuado. GARCIA SERRANO, F. (1972). Pág. 825.

²¹² DIEZ PICAZO, L. (2008). Pág. 76.

²¹³ MAYOR GOMEZ, R. (2015). Pág. 9.

²¹⁴ DOMINGUEZ, C. (2000). Pág. 31.

²¹⁵ En este sentido, la STS (Sala 1ª) de 2 de abril de 2004, señala que “*la construcción del referido daño como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad, peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de los autores como de esta Sala. Así, actualmente, predomina la idea del daño moral, representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc). De ahí que, (...) la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado*”.

Como hemos visto en el capítulo I, la LEF de 1954 modificó profundamente el sistema de responsabilidad patrimonial, introduciendo la responsabilidad en el ámbito estatal con planteamientos distintos a los de la normativa local y con pretensiones unificadoras. Establecida así en su art. 121 la indemnizabilidad de *“toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que la Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*; se añade en el art. 122 la exigencia, que luego recogió la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, y también la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de que el daño fuese efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas. Sin embargo, nada dicen estas Leyes con respecto a las clases de daños indemnizables.

Los problemas intrínsecos al daño moral, en cuanto a la dificultad de su prueba -por afectar a una esfera inmaterial-, y su controvertida valoración monetaria llevaron a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo a negar durante años el resarcimiento de este tipo de daños, anclados en la idea de que el citado art. 121 de la LEF al hacer referencia, únicamente, a *“bienes y derechos indemnizables previstos en dicha Ley”* (es decir, que pudieran ser objeto de expropiación, excluyendo la responsabilidad por la pérdida de la vida, daños a la integridad física y por otros perjuicios personales y morales), estaba descartando éstos.

El REF, aprobado por Decreto de 26 de Abril de 1957, disipó las dudas planteadas en relación con los bienes que podían ser lesionados, al admitir como indemnizable, de forma genérica, toda lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos ya no que estuvieran referidos en la Ley, sino *“siempre que sean susceptibles de ser evaluados económicamente”* (art. 133), evitando así una interpretación restrictiva de la misma.

Se afirma que es la STS (Sala 3ª) de 12 de Marzo de 1975 la que introduce por primera vez la referencia a los daños morales en la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo. En esta sentencia se contempla el conocido caso de los “novios de Granada” (un interno del Hospital Psiquiátrico Provincial de Granada rompió una de las ventanas y se lanzó al vacío cayendo sobre una pareja de novios, como consecuencia de lo cual falleció el novio). La sentencia de la entonces Audiencia Territorial de Granada admitió los daños morales como base de la indemnización que reconocía a los padres y a la novia, y aunque el TS confirma la indemnización, lo hace *“prescindiendo de toda estimación en orden a la valoración del daño puramente moral”*.

Por el contrario, la STS (Sala 3ª) de 26 de Septiembre de 1977 es ya muy clara al admitir los daños morales en un caso de accidente producido por la caída de un árbol sobre el vehículo en el que viajaba una familia, valorándose como daño moral no sólo la muerte de alguno de los ocupantes, sino también la pérdida del feto de una mujer embarazada.

Con la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, la situación cambia, al establecer en su art. 106 el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión a sus bienes, sin distinguir ya su carácter patrimonial o extra patrimonial; incluyéndose el daño moral entre las indemnizaciones económicas reconocidas en SSTs de 2 y 4 de diciembre de 1980²¹⁶, 30 de marzo de 1982 y 13 de julio de 1983, con apoyo en la literalidad del artículo 40 de la LRJAE, que aludía, en general, a cualquiera de los bienes y derechos.²¹⁷

Tras la evolución experimentada por la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa, hoy es pacífica y palmaria la aceptación de los daños morales como contenido del concepto genérico de daño que alude el art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre (antes art. 139.2 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre) – entendido que en el mismo se incluyen componentes afectivos, las expectativas de vida, el progreso personal, la autoestima, el buen nombre, el honor, la honorabilidad, el prestigio y el precio del dolor, es decir todo tipo de sufrimientos físicos y psíquicos-; y, de acuerdo con el art. 34 de dicha Ley 40/2015 (antes art. 142.5 de la Ley 30/1992), admite de forma expresa la responsabilidad por daños a las personas de carácter físico o psíquico, siendo por tanto indemnizables a pesar de que en sí mismos carezcan de valor económico.²¹⁸ Y ello ha sido así, aunque la compensación sea ciertamente difícil de precisar por carecerse en estos casos de parámetros o módulos objetivos, lo que lleva

²¹⁶ En la STS de 4 de Diciembre de 1980 (Sala 3ª) se defiende que su exclusión del ámbito procedimental y procesal del derecho administrativo, cuando se reclama su resarcimiento, no sólo desnaturalizaría la general referencia que hace el artículo 133 del REF a bienes y derechos, sino que también contradiría la manifiesta finalidad de responsabilizar al patrimonio de la Administración Pública de las consecuencias dañosas de su actividad.

²¹⁷ Con igual argumento en el citado art. 40 de la LRJAE, la inclusión de los daños morales en la responsabilidad patrimonial en la doctrina del Consejo de Estado es más temprana y se remonta, al menos, al Dictamen de 22 de Octubre de 1970.

²¹⁸ Así, se admite que el daño moral no vaya asociado necesariamente al daño corporal, por ejemplo, en la STS de 4 de Mayo de 1999 (ponente XIOL RIOS) que contempla el suicidio en establecimiento penitenciario, o la STS de 26 de Enero de 1999 (ponente MATEOS GARCIA) que, en una reclamación formulada frente al Ayuntamiento de Málaga, se refiere a los daños morales que había ocasionado al recurrente el traslado y la pérdida o imposibilidad de localizar los restos de un familiar, así como el reconocimiento del derecho de propiedad sobre el nicho que sustituye al destruido (el recurso se desestima, sin embargo, por haber transcurrido el plazo de caducidad de un año). La posterior STS (sala 3ª) de 30 de Junio de 2006 (ponente LECUMBERRI MARTI) considera que el daño moral es un elemento integrante del concepto de daño evaluable, reconociendo su existencia y la consecuente responsabilidad patrimonial en la ausencia de información a la madre embarazada de la existencia de malformaciones del feto, situación que le impidió poder optar a la realización de un aborto dentro del plazo facultado por la norma.

a reconocer a los Tribunales la franca imposibilidad de llevar a estos daños las normas valoradoras que establece el art. 34.2 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre cuando habla de “*valoraciones predominantes en el mercado*”. (al igual que lo hacía anteriormente el art. 141.2 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre).²¹⁹

En el terreno sanitario, en la esfera privada, el establecimiento de indemnización por el daño moral derivado de actuaciones sanitarias, encontró en sus orígenes también amplias dificultades. Principalmente, por cuanto la jurisprudencia civil había mantenido inicialmente la tesis de que el daño moral sólo era susceptible de ser generado por un ilícito de carácter extracontractual;-si bien, posteriormente, la doctrina de la unidad de culpa civil y la tendencia jurisprudencial a la extracontractualidad relativa a la responsabilidad sanitaria diluyen la ya relativa importancia de la distinción sobre el origen contractual o extracontractual de la asistencia sanitaria recibida-, equiparando ambas.

En el ámbito de la sanidad pública, su inclusión tardó en admitirse por la jurisprudencia contencioso-administrativa, que, a pesar de la tradición civilista y penalista, negó durante años el resarcimiento del daño moral en este sector, por la dificultad de su prueba (dado que afecta a un bien jurídico de carácter inmaterial), y por su casi imposible valoración pecuniaria (cuando en la misma no intervienen criterios objetivos, fijos y aisladamente considerados).²²⁰ La cuestión de los daños morales comienza a plantearse entonces, sobre todo, en el supuesto de muerte de la víctima que ocasiona perjuicios a sus allegados.

Desde su reconocimiento en sede administrativa y judicial, no existe sin embargo unanimidad de criterios en las resoluciones judiciales sobre indemnización por daños morales derivados de la asistencia sanitaria. Sigue habiendo grandes diferencias ante supuestos de hecho similares, una marcada tendencia a la consideración global de los presupuestos que concurren sin pormenorizar su motivación, así como una falta de determinación en la designación de los sujetos que son concretos titulares de la indemnización, y en la cuantía que a cada uno le corresponde. Igualmente, se pone de manifiesto que un mismo daño moral se resarce de distinta forma y con diferentes

²¹⁹ Como han indicado, entre otras, las SSTs de 20 de julio 1996, 26 de abril 1997, 5 de junio 1997, 28 de diciembre 1998.

²²⁰ Son ilustrativas de ello, entre otras, las SSTs de 11 de abril de 1972 (RJ 1972, 2660), 12 de junio de 1972 (RJ 1972, 3173), 11 de diciembre de 1972 (RJ 1972, 5269), 17 de enero de 1975 (RJ 1975,4), 25 de febrero de 1975 (RJ 1975, 1601), 21 de abril de 1977 (RJ 1977, 2644), 10 de marzo de 1978 (RJ 1978, 3319), 15 de noviembre de 1979 (RJ 1979,4252), 5 de febrero de 1980 (RJ 1980,582) y 20 de septiembre de 1982 (RJ 1982, 5531).

cuantías; ya no sólo dependiendo de si se ventila en el orden civil (en ejercicio de la acción directa contra la Aseguradora de la Administración) o en el orden contencioso, sino dependiendo de la Comunidad Autónoma donde se sitúe el Tribunal Superior de Justicia que lo enjuicie, o incluso en función de la Sala de una misma sede, lo que no puede por menos que resultar escandaloso. Hoy en día, y a efectos estadísticos de las Aseguradoras, el daño moral supone la 3ª causa de reclamación²²¹, lo que obliga a realizar un esfuerzo en su análisis y delimitación por la indiscutible repercusión de las repercusiones que ello está ocasionando.

4.- EL DAÑO MORAL: APROXIMACIÓN A SU CONCEPTO

4.1.- ALGUNAS FORMAS DE DEFINIR EL DAÑO MORAL

Por la propia configuración del daño moral como algo tan específico, particular, personal, y ceñido al caso en concreto, resulta casi imposible categorizar y definir de forma genérica y universal el concepto y los elementos que lo integran.

Es la propia dificultad de catalogar la situación fáctica que lo genera la que, a su vez, lo hace clasificable (la pérdida de un ser querido, el sufrimiento ante los padecimientos de un hijo menor, la desolación ante la tardanza o el abandono en ser atendido, el temor infundado ante un error de diagnóstico... son algunos de los supuestos infinitos que nos presenta la práctica cotidiana). No obstante, conociendo los sufrimientos y los sentimientos humanos, pueden señalarse algunos elementos esenciales exteriorizables que son inherentes al daño moral (que no suele tener el patrimonial) y que ayudan al jurista en la búsqueda de la mayor objetivación en la determinación del daño moral, y posteriormente en su valoración e indemnización, en relación con el requisito de certeza (que examinaremos también en este capítulo), cuales son: los sentimientos de depresión de la autoestima, de vergüenza, de culpabilidad, de pena, de la dignidad lastimada, de privacidad violada, de incapacidad objetiva o subjetiva; el complejo de inferioridad, la sensación duradera de inseguridad, conductas compulsivas originadas con la ofensa, síndromes de ansiedad y/o ansioso-depresivos, alteraciones del sueño, consumo compulsivo o adicción a fármacos o drogas, el deshonor público o particular o el público desprestigio, el aminoramiento de la pública credibilidad, la disminución de la confianza externa, la limitación de las expectativas sociales ya adquiridas, la sensación de perder la vida y la frustración de

²²¹ MORENO ALEMÁN, J. (2012). Pág. 42.

no poder evitar una enfermedad que puede ser incluso mortal...²²² Podemos decir, por tanto, que en el daño moral va implícita una modificación del espíritu del perjudicado en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en una alteración anímicamente perjudicial de su forma de estar y que repercute en su parte afectiva.²²³

Esta generalización del concepto conlleva que la concreción de lo que puede entenderse por daño moral resulte un tema controvertido, con respecto al cual se han realizado diversos intentos por parte de los autores estudiosos de la materia, con el fin de acercarse a su delimitación, bien de forma negativa, o bien partiendo de una previa clasificación de los daños y sus subtipos, habiéndose realizado más aproximaciones que determinaciones.

En ese intento, GARCÍA LÓPEZ propone una serie de criterios que pueden facilitar la tarea de acercamiento al concepto²²⁴:

1º) El que parte de una clasificación de los daños en función de su materialidad o inmaterialidad, según afecten al patrimonio o a la esfera moral o espiritual de la persona; si bien, con ello, no se soluciona el problema de determinar cuáles de estos daños son indemnizables y bajo qué condiciones y cuáles no.

2º) En base a una clasificación de los derechos, según sean patrimoniales o extrapatrimoniales. Lo cual requiere la preexistencia de ciertos derechos subjetivos (objeto de decisiones de política legislativa) y, por otro lado, que la lesión de tales derechos se constituya en daño indemnizable. Esta idea ha sido rechazada sin embargo por DÍEZ PICAZO, considerando que en nuestro Derecho el daño no equivale a lesión de derechos subjetivos, y que no es función de la responsabilidad patrimonial la protección de los mismos.²²⁵

²²² Esta concepción del daño moral, a juicio de Pantaleón, “desde una óptica vulgar” (entendiendo por tal las angustias, dolores, sufrimientos, alegrías perdidas...), se queda incompleta, teniendo en cuenta que el daño moral también comprende cualquier atentado en sí mismo a un bien de la personalidad; atentado ante el cual el Ordenamiento reacciona con una indemnización, por el alto valor que le da el Derecho (es la llamada “función simbólica”). PANTALEON PRIETO, F. (1983). Pág. 1580.

²²³ MAYOR GOMEZ, R. (2015). Pág. 8.

²²⁴ GARCIA LOPEZ, R. (1990). Págs. 57 a 68.

²²⁵ En este punto, puede ser conveniente recordar que el conjunto de situaciones jurídicas en las que se encuentra una persona constituye su esfera jurídica; la cual está formada, a su vez, por la denominada esfera jurídica patrimonial y por la esfera jurídica personal (constituida por las situaciones jurídicas atinentes a los bienes que integran el ser físico y espiritual de la persona). Pues bien, en esta segunda, la personal o extrapatrimonial, se pueden distinguir: de un lado, las relaciones familiares personales y, de otro, las relaciones estrictamente personales, que son las que hacen referencia a los bienes o derechos de la personalidad. A su vez, estas últimas relaciones estrictamente personales se suelen clasificar en una esfera física o corporal (que comprende la vida, así como la integridad, la salud y el bienestar físicos), una esfera espiritual (integrada por la integridad, la salud y el bienestar psíquicos, así como por el honor, la intimidad, la imagen, las ideas o el nombre) y una esfera mixta (en la que se incluyen las libertades: física, de residencia, de circulación, de expresión, etc.).

3º) Situándolo en el campo de los dolores o sufrimientos, criterio que resulta insatisfactorio al presentar un problema de prueba si no va ligado a daños corporales.²²⁶

Entendido de esta manera, resulta, pues, que nos encontramos ante un concepto jurídico abierto e indeterminado cuyo contenido queda pendiente de concreción por los jueces, en base a la prudencia y las circunstancias del caso, lo que supone que siempre haya cuestiones que puedan dar lugar a interpretaciones contrapuestas y subjetivadas. Dentro de las aproximaciones realizadas por la doctrina en la difícil tarea de la conceptualización, encontramos fundamentalmente dos formas de definición:

a) La definición negativa:

En atención a todo lo expuesto, podemos conceptualizar el daño moral como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades, comportamientos o determinados resultados; comprendiendo en él, no sólo los ataques a bienes o derechos de la personalidad, sino también las repercusiones de los daños en el ámbito psíquico y afectivo.

No obstante, a la hora de conceptualizar el “daño moral”, lo más frecuente y sencillo es realizar la definición en sentido negativo, es decir por exclusión, contraponiéndolo al daño patrimonial²²⁷, de tal manera que podría definirse como aquel daño que no conlleva ninguna consecuencia pecuniaria o patrimonial. Dicha teoría, sin embargo, encuentra dificultades, si se tiene en cuenta que un mismo hecho lesivo puede atacar contra ambas esferas patrimonial y extrapatrimonial, provocando daños de una y otra naturaleza. Se plantea además por algún autor, como DOMÍNGUEZ LÓPEZ²²⁸, que pueden ocasionarse incluso una serie de perjuicios de tipo sentimental o afectivo, que, en su opinión, no son susceptibles de encuadrarse en ninguna de las anteriores categorías, por entender que conforman propiamente los verdaderos “daños morales”, que se escapan fuera del ámbito de los daños extrapatrimoniales.

No obstante, este criterio de definición negativa, o por exclusión, no convence a aquellos autores, como DÍEZ-PICAZO, que demandan rigor en la determinación del concepto y ponen de manifiesto que este desacertado criterio “*no es otra cosa que puro escapismo de problemas que tanto en lógica como en pura exégesis del*

²²⁶ DÍEZ-PICAZO, L. (2008). Pág. 25.

²²⁷ Así lo pone de manifiesto ALVAREZ VIGARAY, R. (1966). Pág. 81.

²²⁸ DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E. (2003). Pág. 264.

*ordenamiento jurídico, resultan muy difíciles de resolver*²²⁹; incidiendo en que en este tipo de daños, para que sea posible su indemnización, se hace imprescindible su previa conceptualización, es decir, conocer el contenido del daño. Criterio que no podemos, por menos, que compartir, pues de lo contrario se contribuye a hacer del daño moral el “cajón de sastre” cuya ambigüedad está dando lugar a tantas controversias y problemas de interpretación en la práctica.

b) La definición en función de la clasificación de los daños como patrimoniales y extrapatrimoniales

A la hora de estudiar los daños que dan lugar a responsabilidad, se hace necesario distinguir de qué tipo de daño se trata. De acuerdo con la práctica jurisprudencial, y al margen de otras clasificaciones menos trascendentes, según la distinción recogida en el art. 110.3 CP y art. 2.101 PETL, los daños se dividen por su naturaleza en patrimoniales y morales.

No obstante, es la clasificación entre daños patrimoniales y no patrimoniales, sin lugar a dudas, la que ha alcanzado mayor relevancia teórica y práctica, aludiendo de hecho a esta distinción todos los autores que se han dedicado al estudio de esta materia.

Por otro lado, teniendo presente que, de acuerdo con la concepción de los daños, éstos recaen sobre intereses humanos jurídicamente tutelados, es posible clasificarlos en función del tipo de interés que inculcan. De este modo, serán daños patrimoniales aquéllos que afecten a intereses de tal naturaleza, mientras que los daños no patrimoniales o extrapatrimoniales serán, por oposición, los que recaigan sobre intereses inmateriales del sujeto, incardinándose por tanto en esta categoría el daño moral sobre el cual desarrollamos el presente trabajo.²³⁰

La trascendencia práctica de esta clasificación frente a otras, que han sido abordadas de una forma más superficial (por su duración, o por su carácter directo o indirecto, por

²²⁹ DIEZ-PICAZO, L. (2008). Pág. 74. Igualmente crítico con esta definición por exclusión o negativa, de la que resalta su inutilidad científica: BREBBIA, R. (1967). Pág. 62.

²³⁰ Puede comprobarse que, en la actualidad, empieza a generalizarse sobre todo en la doctrina, y no tanto en los Tribunales la denominación de “daño extrapatrimonial” frente a la expresión “daño moral”, lo que parece tener su causa en la intención de desligar tales daños de los perjuicios patrimoniales, y así circunscribirlos únicamente al ámbito inmaterial, de lo moral o espiritual. No obstante, algunos autores, como Álvarez Vigaray, ponen de manifiesto que, pese a reconocer la mayor bondad de utilizar la denominación «daños no patrimoniales» consideran que tampoco existe inconveniente en seguir usando la de «daños morales», “que, además de estar muy extendida, tiene a su favor que es la que emplea el art. 104 del Código Penal de 1995) y numerosas Sentencias del Tribunal Supremo”. ÁLVAREZ VIGARAY, R. (1966). Págs. 85-86. Igualmente, García López, que lo hace a lo largo de toda su obra. GARCÍA LÓPEZ, R. (1990).

ejemplo), deviene principalmente de que la forma de reparación del daño y su evaluabilidad van a depender de que el daño sea patrimonial o no patrimonial, a razón de la distinta naturaleza de los intereses que constituyen el objeto de una y otra clase de daños.²³¹ En sentido similar, nos encontramos con la ofrecida en nuestra doctrina por SANTOS BRIZ, quien, aun precisando posteriormente que no existe un concepto claro de los daños no patrimoniales, los define “*en principio*” como “*aquéllos cuya valoración en dinero no tiene la base equivalencial que caracteriza a los patrimoniales, por afectar precisamente a elementos o intereses de difícil valoración pecuniaria*”.²³² Así, partiendo de que los daños extrapatrimoniales presentan, como nota común, la imposibilidad de valoración pecuniaria, por recaer sobre intereses no económicos, se hace preciso determinar, avanzando en la delimitación de los perjuicios que nos ocupan, cuáles son esos intereses que constituyen su objeto.

En base a la clasificación de daños patrimoniales y no patrimoniales, VICENTE DOMINGO, con un criterio que compartimos, subdivide estos últimos en “no personales” (infligidos a las personas jurídicas) y “personales” (que afectan a la esfera no patrimonial de las personas físicas), y dentro de éstos señala dos clases: los daños corporales y los daños morales²³³. Sin embargo, esta distinción no está exenta de controversias, puesto que, junto a los daños propiamente patrimoniales y a los no patrimoniales, nos encontramos con otros cuya adhesión a una de estas dos categorías no es tan sencilla: se trata, en primer término, de los llamados “daños patrimoniales indirectos” o “daños morales impropios”, los cuales se caracterizan porque, recayendo directamente sobre intereses inmateriales del sujeto, causan al mismo tiempo perjuicios en su patrimonio; y, en segundo lugar e inversamente, cabe hablar de una serie de daños extra patrimoniales que derivan de forma mediata de perjuicios económicos o patrimoniales y que se convierten, en la mayoría de los casos, en perturbaciones anímicas, tales como angustia, desánimo, desazón, etc. Sin embargo, si seguimos la

²³¹ Así, como examinaremos más adelante al desarrollar el resarcimiento del daño moral, la reparación *in natura* (consistente en la reposición o sustitución del bien dañado) si bien tiene virtualidad práctica en el campo de los daños patrimoniales, no resulta tan adecuada para los perjuicios inmateriales, al afectar a intereses o derechos pertenecientes al intimismo de la persona que los sufre y por tanto de naturaleza irreparable e insustituible. Por su parte, la reparación por equivalente se admite sin problemas en relación con los daños patrimoniales, mientras que su admisión con respecto a los extrapatrimoniales, aunque aceptada hoy de modo prácticamente unánime; tras una compleja evolución doctrinal y jurisprudencial, sigue suscitando el interrogante sobre el modo de proceder a su valoración, al no ser directamente traducibles en términos pecuniarios. Estas circunstancias obligan a buscar criterios adecuados que posibiliten en cada caso la fijación de la indemnización respectiva, lo que no está exento de problemas y de discrepancias doctrinales y jurisprudenciales.

²³² SANTOS BRIZ, J. (1989). Pág. 828.

²³³ VICENTE DOMINGO configura los daños corporales como categoría autónoma con una doble motivación: porque inciden sobre un bien concreto cual es la integridad física o psíquica de las personas y porque conllevan consecuencias tanto pecuniarias como no pecuniarias. VICENTE DOMINGO E. (1994), Pág. 51.

concepción según la cual la naturaleza del interés lesionado determina la del daño producido, se evidencia que carece de sentido hablar de «daños patrimoniales indirectos» o «daños morales impropios», porque serán considerados como patrimoniales o extra patrimoniales tomando como base exclusiva la naturaleza del interés sobre el que recaen, siendo indiferente la circunstancia de que los mismos concurren o no con otros perjuicios de distinta naturaleza. Es decir, en las hipótesis en las que del mismo hecho dañoso se derivan atentados a intereses distintos, habrá tantos daños como intereses lesionados y cada uno de esos perjuicios será considerado por sí mismo patrimonial o extra patrimonial, en función de la naturaleza del respectivo interés afectado.²³⁴

A la vista de lo anterior, podemos concluir que la lesión a cualquiera de los intereses que se integran en la esfera jurídica personal o extrapatrimonial de los individuos será constitutiva de un daño o perjuicio de naturaleza extra patrimonial. Pero esto será así, únicamente, en la medida en que el interés lesionado sea considerado digno de protección o tutela jurídica. Ahora bien, dado que la protección jurídica tiene por objeto intereses y, dado que esta protección es ofrecida por las normas, se podría delimitar más exactamente el campo de los daños extra patrimoniales señalando que concurrirán éstos, siempre que tenga lugar la lesión de intereses carentes de valor pecuniario; pero sólo en la medida en que sean considerados dignos de amparo por las concretas normas del Ordenamiento o por sus principios.

En este sentido, la jurisprudencia parece mostrar una tendencia sumamente expansiva en la apreciación de estos daños, resultando cada vez más habitual para los Tribunales su reconocimiento, a pesar de ser conceptos tan difusos para la percepción jurídica, por el mero hecho de ser de general acaecimiento²³⁵ y entenderse lógicas y

²³⁴ Esta subdivisión que distingue dentro de la esfera de los perjuicios extrapatrimoniales, los «daños personales» de los «daños morales» parece tener su origen en Italia tras la promulgación del CCIt. de 1942. Los primeros los define como las lesiones a la integridad física o moral, al honor, a la libertad sexual, etc., es decir, los denominados bienes de la personalidad; mientras que conceptúa los segundos como aquellos daños que se refieren a la esfera psíquica del sujeto, esto es, a sus sentimientos, afecciones, etc., que resultan lesionados a causa del hecho dañoso. Entre unos y otros daños existiría, a su juicio, una diferencia fundamental atinente a su relevancia jurídica: los daños personales serían siempre y por sí mismos resarcibles (y ello, en razón del valor privilegiado que ostentan en el Ordenamiento jurídico los intereses sobre los que recaen); mientras que, por el contrario y, en coherencia con lo dispuesto en el art. 2059 CCIt., los daños morales sólo adquirirían relevancia jurídica a los fines del resarcimiento en casos excepcionales.

²³⁵ Criterios que quedan recogidos en la STS 1264/2001, Sala de lo Civil, de 22 de Febrero de 2001, que señala: *“Por daños morales habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, y que, por ontología, no es posible emerjan al exterior, aunque sea factible que, habida cuenta la ocurrencia de los hechos (en definitiva, la conducta ilícita del autor responsable) se puede captar la esencia de dicho daño moral, incluso, por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora fundamento posterior de su reclamación por daños morales. En esta idea cabe comprender aspectos tan difusos para su perceptibilidad jurídica, pero, sin lugar a dudas, de general acaecimiento y*

comunes reacciones de las personas ante determinados hechos. Es razonable entender, por ejemplo, que tras un error de diagnóstico el paciente responda con alteraciones emocionales y psíquicas que le ocasionan un efecto dañino; y aunque el derecho no lo tenga reconocido expresamente, el juzgador puede acertadamente entender que es una lógica consecuencia en un caso así.

Son diversos por tanto los posicionamientos existentes al respecto, y así por ejemplo es mayoritariamente seguido el que distingue entre:

- 1.- El daño moral en relación al bien jurídicamente afectado (criterio ontológico).
- 2.- El daño moral en relación a sus concretas consecuencias, entendiéndolo como una pérdida que va más allá del dolor que provoca, y que se concreta en una profunda disminución del ánimo, más allá de la mera irritabilidad (criterio consecuencialista).²³⁶

Como hemos enunciado, actualmente, peca de anticuada por haber sido superada tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia, la construcción del daño moral como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extra patrimoniales o de la personalidad. De modo que es predominante la idea del daño moral representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, como si afecta al acervo extra patrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, destrucción de objetos muy estimados, muerte de un ser querido...); consistiendo la situación básica que puede dar lugar a un daño moral indemnizable en un sufrimiento o padecimiento psíquico, que la reciente jurisprudencia refiere a diversas situaciones, como el impacto o sufrimiento espiritual o psíquico, la impotencia, la zozobra, ansiedad o angustia, la zozobra como sensación anímica de pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente, o el impacto, quebrantamiento o sufrimiento psíquico.²³⁷ En relación a tales manifestaciones, para el reconocimiento del

comprensión dentro del medio social, los siguientes: 1º) Toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito (...) 2º) Puede ser también aspecto integrador de ese daño moral, cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito".

²³⁶ Se basa este concepto en las connotaciones objetivas del evento que le producen al perjudicado un sufrimiento psíquico o espiritual de cierta intensidad; lo que conllevaría que estos daños no puedan ser objeto de padecimiento por las personas jurídicas, al carecer de capacidad para padecer sufrimientos psicológicos o morales (sin perjuicio de que sí puedan optar a una indemnización por acreditar pérdida de clientela o de cuota de mercado, o desprestigio con repercusión en su actividad y en sus ingresos).

²³⁷ A este respecto, entre otras, podemos citar las STSS de 14 de Julio de 2006, 11 de Noviembre de 2003, 9 de Diciembre de 2003 y de 31 de Mayo de 2000.

daño moral, se utilizan fórmulas muy próximas a la francesa, que lo entiende como: “*perturbación grave de las condiciones de existencia*”.²³⁸

4.2.- EL DAÑO MORAL MÁS ALLÁ DEL *PRETIUM DOLORIS*

Si bien en sus orígenes, el daño moral se reducía realmente al *pretium doloris*, (traducido como *precio del dolor* o el *dinero del dolor*), como efecto unido a graves lesiones físicas personales, la evolución de la figura ha llevado a ampliar los conceptos que se integran en el mismo, alejándose de aquel originario significado. De tal forma que, hoy en día, la expresión daño moral constituye realmente un concepto jurídicamente indeterminado, mucho más amplio que el simple *pretium doloris*²³⁹, que ha pasado a ser un subgénero constituido en una de sus posibles y numerosas manifestaciones, (en la que nos detendremos más adelante en un capítulo aparte).

A falta de delimitación, el concepto acoge una multiplicidad de supuestos que van renovándose constantemente en función de la parametrización social de los daños; lo que condiciona que el concepto de daño vaya unido a la evolución de la sociedad, que es quien en definitiva va dotando de relevancia distintos intereses. De tal manera que lo que hoy se entiende como daño moral puede dejar de serlo mañana, y lo que en un momento determinado puede considerarse grave, en otro puede ser irrelevante. Esta circunstancia nos lleva *a priori* a pensar que elaborar un sistema cerrado en el que se enumeren los distintos daños morales, no sólo podría suponer un obstáculo a esa evolución natural de la sociedad, sino que además quedaría continuamente anticuado...

Tal contexto de indeterminación ha propiciado que los Tribunales acojan muchos supuestos incluso con su mera alegación, presumiendo su certeza sin necesidad de probarlos. De hecho, en la mayor parte de las sentencias, podemos observar que no se explicita el verdadero contenido del daño moral sobre cuya indemnización se pronuncian (se indemniza en concepto de daño moral sin explicar si ello deriva de una situación de zozobra, angustia, temor, etc). Y es que si bien parece que nunca ha habido una idea especialmente clara de lo que es daño moral, “*esa idea es hoy menos clara que nunca*”²⁴⁰, lo que ha llevado incluso a pensar en la necesidad de “*deconstruir el concepto*”.²⁴¹

²³⁸ GARCIA DE ENTERRIA, E. (1999). Pág. 374.

²³⁹ BARRIENTOS ZAMORANO, M. (2008). Pág. 90.

²⁴⁰ DIEZ-PICAZO achaca esa falta de claridad a la falta de la necesaria experiencia de los juristas ante un concepto jurídico complejo como es éste. Aunque de la lectura de las sentencias, nos parece atisbar que

Por otro lado, se ha entendiendo que el daño moral no sólo comprende dolor, padecimiento o sufrimiento espiritual, sino también la privación de momentos de satisfacción y felicidad en la vida del perjudicado, por lo que el resarcimiento no sólo va a tener un fin compensatorio, sino también de satisfacción, lo que se ha venido a denominar “*precio del consuelo*”. En este sentido, el dolor o el sufrimiento han dejado ya de ser los criterios principales para identificar el daño moral, siendo prueba de ello su aceptación en relación a personas cuya capacidad de sufrir ha sido cuestionada (como es el caso de personas sin discernimiento o que se encuentran en estado vegetativo; de las personas jurídicas, con motivo de daños por afectación a la imagen corporal-). Realmente, daño y dolor no son lo mismo, pues hay daños que no se sienten y dolores que no constituyen daño²⁴², por lo que ambos conceptos no habrían de ser tratados como sinónimos.

En un esfuerzo de delimitar el concepto de daño moral, la doctrina francesa, partiendo de la distinción entre perjuicio patrimonial y extrapatrimonial, dentro de éste último separa los que resultan de una agresión a la integridad física de la persona y los derivados de los derechos de la personalidad, de tal manera que sitúan el *pretium doloris*, como una de las posibles manifestaciones de esos daños a la integridad física (daños corporales), dentro de la siguiente tipología (cuyos supuestos de hecho desarrollaremos en el capítulo relativo a las manifestaciones del daño moral):

- a) El mencionado *Pretium doloris*, entendido como dolor y sufrimiento, es realmente una reiteración terminológica del daño moral con alguna matización.²⁴³
- b) *Préjudice d'agrément*, traducido como “pérdida de agrado”, comprende la pérdida de los goces normales y ordinarios de la vida, incluyendo el llamado daño a la vida en relación.²⁴⁴ Ejemplo frecuente es el caso del paciente que queda parapléjico tras una intervención, circunstancia que junto a otros perjuicios, es evidente le afecta en su vida en sociedad.
- c) *Préjudice esthetique o Pretium pulcritudinis*, es el conocido perjuicio estético, que si bien se manifiesta de forma notoria, presenta en la práctica no pocas dificultades para su valoración.²⁴⁵ Sería por ejemplo el caso de un paciente que por demora en el

al final el carácter de comodín de este concepto le es útil a los jueces, que pueden fabricar soluciones a la medida del caso y de sus consideraciones personales al respecto. Y de hecho, así también lo sugiere el propio DÍEZ-PICAZO cuando a continuación, en ese mismo texto, alude a la afición de nuestra jurisprudencia a los conceptos comodines, “*porque le permiten reajustar las soluciones cuantas veces lo considere necesario*”. DÍEZ-PICAZO, L. (2008). Págs. 13 y 14.

²⁴¹ XIOL RIOS, J.A. (2010). Pág. 34.

²⁴² BARRIENTOS ZAMORANO, M. (2008). Pág. 96.

²⁴³ CASADO ANDRES, B. (2015). Pág. 15.

²⁴⁴ DÍEZ PICAZO, L. (1999). Pág. 327.

²⁴⁵ VICENTE DOMINGO, E. (1994). Pág. 203.

diagnóstico de una endoftalmitis, pierde un ojo, lo que no sólo le disminuye la función visual sino también el aspecto normal de su fisonomía facial.

d) *Préjudice d'affection*, el llamado perjuicio de afecto, que se refiere a los perjuicios que sufren las personas vinculadas a la víctima de lesión o muerte.

e) El llamado perjuicio sexual, en cuanto a la imposibilidad de mantener relaciones íntimas y procrear.

f) El llamado daño a la vida de relación.

Esta delimitación, sin embargo, no es una lista cerrada y quedaría pendiente precisar qué hechos son incardinables en cada una de esas categorías, pero sin duda sirven para acercarnos a la idea de la amplitud del contenido del daño moral, que se quedaría corto si sólo se circunscribiera al *pretium doloris*.

4.3.- SU CONCEPCIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA GRADUACIÓN DEL DAÑO MORAL

Como hemos advertido, aunque son numerosas las sentencias que indemnizan el daño moral, son pocas las que contemplan un criterio teórico del mismo, eludiendo el trance de explicitarlo y mucho menos definirlo.²⁴⁶ Ello nos permite diferenciar dos bloques de sentencias: por un lado, las que sin ofrecer un concepto expreso de daño moral destacan los bienes jurídicos que pueden formar parte de este tipo de daños (supuestos tipo), y por otra parte el bloque de aquellas sentencias que esbozan un intento de ofrecer un concepto.

Tal y como pone de relieve DÍEZ-PICAZO, parece que el Tribunal Supremo a través de sus sentencias ha venido utilizando un “concepto comodín”, en lo que se refiere al daño moral.²⁴⁷ No podríamos estar más de acuerdo con esta acepción pues, ya sea por la dificultad de su delimitación o por la deformación que ha venido experimentado, parece que todo tuviera cabida en él. Ello hace que resulte dificultoso llegar a una definición certera, sino es a través de su adjetivación; es decir, no se precisa sino que se caracteriza.²⁴⁸

La Sala 1ª del Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de Febrero de 2001, resume de forma destacada la que venía siendo su doctrina jurisprudencial, y realiza no sólo una sistematización de los criterios utilizados para la determinación de los daños

²⁴⁶ GOMEZ POMAR, F. (2000).

²⁴⁷ DÍEZ-PICAZO, L. (2009). Pág. 1.

²⁴⁸ En el mismo sentido, VICENTE DOMINGO, E. (1994). Pág. 47.

resarcibles, sino también un análisis completo del daño moral, partiendo de la clasificación del daño en: personal o corporal, material y moral. Ofrece, así, una definición, desde la delimitación negativa de su contenido (recogiendo la teoría que anteriormente expusimos); y, desde los pronunciamientos realizados al respecto por doctrina y jurisprudencia, aclara que es aquel constituido por *“todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado – o persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales-, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología no son traducibles a la esfera económica”*.²⁴⁹

A partir de dicha definición, el alto Tribunal distingue, por tanto, dos grupos de daños morales en función de la relación del perjudicado con el hecho lesivo:

a) los daños directos que sufre el individuo de forma tanto física como psíquica, a consecuencia del hecho, y

b) los sufridos de forma indirecta por los allegados unidos por un vínculo parental, de amistad o convivencia, al verse privados temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona con la que se mantiene tal vínculo (daño que se define por el Tribunal como cualquier quebranto, ruptura en los sentimientos, lazos o afectos que por naturaleza o sangre se den con el perjudicado directo).

Actualmente, el TS viene realizando una aplicación extensiva de los daños morales, que van desde los derivados de los derechos de la personalidad, como los resultantes de un menoscabo corporal, la muerte o la privación del derecho a la autodeterminación como paciente, comprendiendo, como hemos visto, tanto el daño moral directo o propio como el indirecto o impropio.²⁵⁰Y, declarando su huida de la llamada falacia o prejuicio patrimonialista (según lo cual, no sería moral cualquier daño que afecte directa o indirectamente al patrimonio), compila las notas que a través de sus sentencias han ido calificando el daño moral:

- *“Noción dificultosa”* (STS 22 de Mayo de 1995).
- *“Vaporoso y discutible daño”* (STS 22 de Febrero de 2001).

²⁴⁹ Con un criterio similar, adoptando, además, la clasificación de las esferas jurídicas contenida en el texto, se pronuncia García López, R., que define el daño moral como *“el resultado perjudicial que tiene por objeto la lesión o menoscabo de alguno de los bienes o derechos correspondientes al ámbito estrictamente personal de la esfera jurídica del sujeto de derecho, que se resarcen por vía satisfactoria bajo el criterio equitativo del juez”*. GARCIA LOPEZ, R. (1990). Pág. 80.

²⁵⁰ En este sentido, la STS de 27 de Julio de 2006, recoge que: *“Atendiendo a su origen, el daño causado a los bienes o derechos de una persona puede ser calificado como daño patrimonial, si se refiere a su patrimonio pecuniario; daño biológico, si se refiere a su integridad física; o daño moral, si se refiere al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral.*

- “Figura borrosa, relativa e imprecisa”, producto de un “descubrimiento jurisprudencial” (que se inicia en la STS de 6 de diciembre de 1912), cualesquiera que sean los derechos o bienes sobre los que directamente recaiga la acción dañosa (y de que estos pertenezcan a personas jurídicas).²⁵¹
- Aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica²⁵² (incluyendo los que tienen su causa en el incumplimiento contractual)²⁵³ y los que afectan a la parte social del patrimonio moral de la persona incidiendo en la esfera de su honor, reputación y consideración.

En virtud de todo ello, el Tribunal Supremo define el daño moral, a través de la siguiente clasificación de su contenido:²⁵⁴

- a) El ocasionado por el dolor físico o psíquico, o por el sufrimiento causado por la muerte de alguien.
- b) El causado en el patrimonio moral de un sujeto, a raíz de otro daño de naturaleza patrimonial (el que ha sido denominado por otros autores daño moral impropio) o puramente moral.
- c) El ocasionado a raíz de la lesión en el patrimonio económico de una persona.

Con esta enumeración, podemos advertir que el TS realmente engloba dentro del daño moral distintos conceptos que, en sentido estricto, no constituyen propiamente tal perjuicio; por cuanto, los daños originados en el ámbito del patrimonio económico pueden ser no sólo patrimoniales, sino también morales; los que afectan a su patrimonio biológico pueden ser de carácter moral o de carácter patrimonial, y los daños producidos en el ámbito moral, que son los que aquí interesan, pueden ser de naturaleza patrimonial (llamados a veces daños patrimoniales indirectos o daños

²⁵¹ Al respecto, cabe citar las STSS de 14 de diciembre de 1994, y 20 de febrero de 2002

²⁵² SSTs de 26 de Junio de 1984, 6 de julio de 1990, 23 de julio de 1990, 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996, 27 de enero de 1998, 12 de julio de 1999, 27 de septiembre de 1999, 31 de mayo de 2001 y 23 de noviembre de 2004.

²⁵³ Tendencia que se inicia con la STS de 9 de Mayo de 1984.

²⁵⁴ MARTÍN DEL PESO, R. (2013). Pág. 300.

morales impropios) y no sólo moral. En nuestra opinión, más que como contenido del daño moral, sería más apropiado entender tales perjuicios como posibles manifestaciones del daño moral ocasionado por un daño primario diferente, no moral.

Por otro lado, en alguna que otra sentencia, se ha apreciado el propósito del Alto Tribunal de clasificar el daño moral a partir de su graduación, quizás en un intento de objetivarlo, haciendo uso de parámetros del sistema sancionador o copiando sistemas de otros países. Esta solución, a nuestro juicio, es de dudosa efectividad, pues no deja de ser una graduación realizada en base a una ponderación arbitraria del juzgador, sin tener además en cuenta que un mismo daño puede tener distintas intensidades en dos personas, o incluso en una misma pero en momentos diferentes...

Es el caso de la Sentencia de 9 de Diciembre de 2010 de la Sala 1ª del TS, que versa sobre el daño ocasionado a varias mujeres afectadas por la retirada de unas prótesis mamarias en aplicación del principio comunitario de precaución, en la que el Tribunal, al realizar la cuantificación de los daños de las perjudicadas (una vez acreditado el carácter defectuoso del producto y la existencia del nexo causal entre la retirada y los perjuicios sufridos), dice clasificar los daños morales en grado moderado, intenso y muy intenso, según el nivel de afectación de cada una de ellas²⁵⁵. Analizando la sentencia, entendemos, sin embargo, que lo que el Tribunal está graduando realmente no son los daños morales, sino las indemnizaciones que fija para cada una de las tres perjudicadas. Y si bien utiliza términos de graduación ("*grado moderado, grado más intenso, y grado más elevado*"), en realidad, se trata de una ponderación diferenciada de los perjuicios que a cada una le ha supuesto la retirada de la prótesis, según la valoración realizada por el Tribunal en virtud de los informes periciales presentados. Así, se fija la indemnización menor (18.000€) para quien sufrió el daño moral inherente al tratamiento médico y la ansiedad padecida (en consideración a los días de hospitalización e incapacidad para las actividades habituales); cantidad que se sube a 21.000€ a la segunda perjudicada al añadir a dichos perjuicios el padecimiento de defectos estéticos; y finalmente para el "*daño moral en grado más elevado*", se establece la cantidad de 24.000€ al sumar a los perjuicios de la anterior además las limitaciones derivadas de la indicación médica de no quedarse embarazada. Es decir, a mayores perjuicios, y no a mayor intensidad del daño moral, el Tribunal declara mayor cuantía indemnizatoria, y se sirve para ello de una escala de cantidades, partiendo desde el supuesto más básico para ir aplicando 3.000€ por cada grado mayor. El TS

²⁵⁵ Tal graduación no sólo es compartida, sino valorada positivamente por MARTIN DEL PESO, R., quien, pese a aclarar que la sentencia no se refiere propiamente a daños morales sino a manifestaciones y efectos de los daños corporales, ve en ello la materialización de la posibilidad de sistematizar los criterios de valoración de los daños morales y por ende la creación de facto por el TS de un sistema referencial, pese a haber manifestado reiteradamente la imposibilidad de hacerlo. MARTIN DEL PESO, R. (2013), Págs.323 y 324.

parece pretender con ello el loable intento de ser lo más objetivo posible al valorar en una misma sentencia tres supuestos distintos, justificando en la medida que le es posible el porqué de cada indemnización, pero en nuestra consideración gradúa las indemnizaciones y no el daño moral propiamente dicho.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por su parte, ha definido el daño moral como un concepto que reviste una categoría propia e independiente de las demás, que comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados²⁵⁶. Parece caer así en un circunloquio, al definir daño moral como categoría y al mismo tiempo como una de las especies incluida en ella, con lo que poco ayuda a acotar el concepto.

Pero es que los múltiples usos del término “daño moral” no terminan ahí, pues en no pocas sentencias, encontramos que no se le da un significado propio de daño o lesión; sino que, igualándolo con la *pecunia doloris*, se utiliza para identificar una partida o concepto resarcitorio, entendido como compensación del dolor o sufrimiento que determinados actos tienen sobre las personas, como lo son la muerte de seres queridos o la existencia de dolor por las lesiones producidas.²⁵⁷ En este sentido, podemos afirmar que el daño moral presenta una función polivalente, al configurarse como elemento lesivo (daño como evento), como efecto resarcible (daño como consecuencia) o como partida indemnizatoria; sin embargo, sólo el segundo es un daño moral como tal, en cuanto resultado o consecuencia que, de ser antijurídico, podrá ser objeto de una indemnización.

4.4.- EL USO DEL DAÑO MORAL PARA ENMASCARAR LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS PATRIMONIALES

En el examen de las sentencias de nuestros Tribunales, encontramos otra forma más de desfiguración del concepto de daño moral, y de cómo se aprovecha su naturaleza de “*borrosa y vaporosa figura*” (como hemos visto lo califica el TS); y es que en numerosos casos, en los que se alude al componente subjetivo en la valoración del daño moral sanitario, podemos observar que en realidad se está enmascarando el reconocimiento de un daño patrimonial del que, en ese momento, no se puede conocer su alcance. Así ocurre, especialmente, en supuestos en los que el resultado lesivo es un daño corporal invalidante y permanente o duradero en el tiempo; sobre

²⁵⁶ Así, por ejemplo, la reciente STSJ de Madrid núm. 838/2014 de 4 de Diciembre de 2014.

²⁵⁷ Por ejemplo, la STSJ de Extremadura de 21 de Abril de 1997.

todo, cuando va a ser otro el que haya de hacerse cargo de las necesidades del perjudicado, indemnizándole el Tribunal, a modo de compensación, por un sufrimiento psicológico que se enlaza con los mayores gastos que conllevará la atención al discapacitado dependiente.²⁵⁸

Con tal desnaturalización del concepto de daño moral, no sólo se consigue esquivar las dificultades de valorar algunos daños patrimoniales, atemperando así dicha tarea, sino que, como señala de forma crítica e indudablemente acertada GÓMEZ POMAR²⁵⁹, con ello se está eludiendo tener que explicitar los criterios de valoración económica del daño, beneficiándose de que, según reiterada jurisprudencia del propio TS, tal exigencia no existe para los daños morales. Con esta táctica se imposibilita el control externo de los parámetros empleados para la valoración del daño encubiertamente patrimonial (por mucho que se vista de daño moral), lo que entendemos supone una perversión del sistema y de los criterios jurisprudenciales. Y si bien es cierto que la indemnización en estos supuestos tiene una finalidad compensatoria, e indudable que, tras una desgracia como es el padecimiento de un daño físico tan grave, parece lo más equitativo contribuir a soportar los gastos de las atenciones necesarias, no creemos lo más correcto que para ello los Tribunales hayan de escudarse en unos criterios que están reservados para otro tipo de indemnización, pues no deja de ser un fraude en la aplicación del derecho. La socialización de la Justicia es patente en estos casos, una vez más, desempeñando un papel que deberían ostentar el resto de Poderes Públicos, a quienes corresponde asegurar y disponer ayudas y medios para facilitar una vida digna a los discapacitados.

En definitiva, según lo denomina de forma retórica el propio ex Presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, XÍOL RÍOS, no deja de ser “*una pirueta al borde del deber de congruencia procesal*”, o “*la falacia del daño moral*”.²⁶⁰

5.- ¿CUÁNDO ES RESARCIBLE EL DAÑO MORAL SANITARIO?

Profundizando en la búsqueda del significado de daño moral, y al margen de las aproximaciones teóricas que hemos examinado, lo cierto es que sólo podremos saber

²⁵⁸ Son muchos los casos en los que se plasma tal actuación, pudiendo citar por ejemplo el Dictamen núm. 150/2007, de 5 de Septiembre de 2007 del Consejo Consultivo Castilla-La Mancha.

²⁵⁹ GÓMEZ PÓMAR, F. (2000) Pág. 11.

²⁶⁰ XÍOL RÍOS, J.A. (2010). Págs. 10 y ss.

su contenido si determinamos la forma en que el Ordenamiento otorga su protección en esta materia²⁶¹

Aceptada la inclusión del daño moral dentro del sistema de responsabilidad vigente, y a fin de evitar que su invocación indiscriminada pueda dar lugar a un exceso de demandas, los Tribunales se han ocupado de intentar limitar el derecho a obtener indemnización por tal concepto, exigiendo que se den determinadas condiciones para ello. Y así, junto a los requisitos generales de cualquier daño, como son su licitud y legitimidad, se exige que el daño sea cierto, lo que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial se refiere a que la lesión haya de ser efectiva y evaluable económicamente.

Junto a tales caracteres, son varias las líneas que nos ayudan a la delimitación del daño moral:

5.1.- NO ES DAÑO MORAL RESARCIBLE LA MERA SITUACIÓN DE MALESTAR, INCERTIDUMBRE O INCOMODIDAD: “EL RIESGO GENERAL DE LA VIDA” COMO CRITERIO NEGATIVO DE IMPUTACIÓN.

Sin perjuicio de estar asistiendo, como ya hemos dicho, a una progresiva ampliación de la noción del daño moral, lo cierto es que la jurisprudencia viene también imponiendo tacto y cautela a la hora de ponderar esta clase de daños. En este sentido, el Tribunal Supremo señala que la situación básica para que se pueda dar lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual, impacto quebrante o estados de ánimo permanentes o de cierta intensidad tales como impotencia, grave incertidumbre, inquietud, pesadumbre, temor, zozobra, ansiedad, angustia, etc.... Se excluyen, sin embargo, de tal concepto las meras situaciones de malestar o incertidumbre que no vayan acompañadas de una repercusión psicofísica grave²⁶², las cuales si bien se incardinarían en los llamados perjuicios morales o personales, carecen de carácter resarcible como componente indemnizatorio. De igual forma y por igual motivo, han quedado fuera de tal noción las “repercusiones psíquicas leves” en las que es inapreciable el requisito de evaluabilidad. De todo lo cual, cabe colegir que la indemnización por daño moral

²⁶¹ DIEZ PICAZO, L. (2008). Pág. 76.

²⁶² En este sentido, cabe citar entre otras la STS (Sala 1ª) de 31 de Mayo de 2000, 3 de Octubre de 2000 y 14 de Marzo de 2007.

requiere hechos de alguna especial trascendencia, constituyendo una reacción especial del Ordenamiento frente a la gravedad de una situación.²⁶³

Repasando el repertorio de sentencias, podemos observar que el umbral a partir del cual las molestias o padecimientos constituyen daño jurídico en la órbita del daño moral ha descendido notablemente. No obstante, y si bien en algunos pronunciamientos judiciales se determina la procedencia de ciertos daños morales mínimos, la práctica judicial revela la necesidad de superar un cierto tope de lesión a intereses extrapatrimoniales para su admisión. Se efectúa por tanto un test de medición en función de las circunstancias objetivas de la normal tolerancia o convivencia social al valorarse la entidad de la lesión extrapatrimonial, de forma que sólo si se supera cierto estándar se configura la misma como techo a partir del cual la molestia puede ser considerada como daño moral resarcible, evitando así la trivialización de la figura del daño moral.

En este sentido, DÍEZ-PICAZO relaciona el concepto de daño moral con uno de los principales criterios de imputación objetiva, como es el conocido “riesgo general de la vida” (que niega la imputación de aquellos daños que sean realizados con ocasión de riesgos habitualmente ligados a la vida del dañado, a la existencia humana o al esperable transcurso de la existencia del afectado). Con ello se pone de relieve que existen daños y situaciones desagradables en la vida que ni el sistema más perfecto podría evitar y que forman parte de la condición humana, no siendo por tanto indemnizables como tales; pues existe un mínimo de riesgos que están socialmente permitidos, ya que, de lo contrario, sería imposible la vida en sociedad.²⁶⁴

5.2.- LA CERTEZA Y LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL

Como ya hemos examinado en el capítulo anterior, la certeza se presenta como requisito esencial para considerar el daño como lesión indemnizable, al exigirse que se trate de un daño real, efectivo y no hipotético o eventual, y que sea evaluable. Y es que primer requisito para entender el daño como resarcible es su realidad, es decir, la

²⁶³ DÍEZ PICAZO, L. (2008). Pág. 88.

²⁶⁴ En este sentido DÍEZ PICAZO señala: “a uno no deja de sorprenderle el escaso análisis que se realiza en las sentencias que imponen indemnizaciones por daño moral. Se tiene la impresión de que el ordenamiento no tiene como objetivo vetar todas aquellas actividades de las que según la jurisprudencia puede resultar un daño moral. Tampoco es fácilmente pensable que el ordenamiento quiera que los sujetos miembros activos de la comunidad jurídica no puedan sufrir desolaciones, disgustos o quebraderos de cabeza como es normal que los sufran los partícipes en el tráfico social. Hay en todos estos campos un riesgo permitido y toda actuación en el marco del riesgo permitido no genera daño ni, por consiguiente, daño moral”. DÍEZ-PICAZO, L. (1998). Pág. 88.

certeza en su existencia y en su cuantía, determinación que se va a traducir por tanto en una cuestión de prueba. Visto que el daño moral es aquel que conculca intereses extrapatrimoniales dignos o merecedores de tutela jurídica, que lo convierten en injusto para el perjudicado, la acreditación de su existencia representa el primer gran escollo difícil de solventar.

Hemos señalado que el daño antijurídico (la lesión en términos de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre y ahora también de la nueva Ley 40/2015, de 1 de Octubre) es el presupuesto fundamental de la responsabilidad patrimonial, sin el cual no tendría lugar el efecto jurídico consistente en el nacimiento de la obligación de reparación a cargo del agente y, en consecuencia, su certeza, concretada en los dos extremos antes señalados, ha de ser probada por el perjudicado demandante a través de cualquiera de los medios admitidos en Derecho y debe estar referida, no sólo a la existencia del daño, sino también a su cuantía (en coherencia con lo señalado en torno a la certeza del perjuicio al amparo del art. 219 de la LEC). La realidad del daño ha de probarse, por tanto, de forma inexcusable durante la fase de instrucción (en los procedimientos administrativos) o en la fase de prueba en el proceso contencioso; sin embargo, con respecto a su evaluabilidad (su valoración monetaria), aunque preferiblemente habría de ser determinada cuanto antes, su concreción va a poder diferirse hasta el trámite de ejecución de sentencia.²⁶⁵

5.2.1.- La certeza, la carga de la prueba y los Principios Generales

El requisito de la certeza del daño ha de encontrar su reflejo, en el plano procesal, en la necesidad de que el perjuicio sea probado por parte de quien pretende su reparación, tal y como se deriva de lo dispuesto en el art. 217 de la LEC de 7 de enero de 2000, al regular la carga de la prueba²⁶⁶; matizándose en el apartado 7 de dicho precepto que: *“deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”*. Como es bien sabido, es un principio general del Derecho que corresponde a quien reclama probar el fundamento de su pretensión; regla general que en algunas ocasiones tiene excepciones, invirtiéndose la

²⁶⁵ En vía administrativa, el art. 67.2 de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre (y anteriormente el art. 6 del Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial), señala que en la reclamación habrá de concretarse la cuantía indemnizatoria solicitada o bien los criterios en función de los cuales pretende que sea fijada, pero sólo si fuera posible, por lo que no es condición *sine qua non* para la validez del ejercicio de la acción.

²⁶⁶ Dispone el art. 217 LEC: *“Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”*.

carga de la prueba.²⁶⁷ De esta forma, cuando en la sentencia se estime que no se ha probado un hecho básico, mediante cualquier elemento probatorio, -sin que, en virtud del principio de adquisición procesal, importe qué parte lo aportó (principio denominado de “comunidad de prueba”²⁶⁸)-, este principio entra en juego para atribuir las consecuencias de esa falta de prueba a la parte a la que correspondía el “*onus probandi*” (según las reglas aplicables para su imputación a una u otra parte).

Así las cosas, la jurisprudencia ha insistido desde siempre en la necesidad de aportar la prueba de los daños y perjuicios cuya reparación se pretende, con carácter general para cualquier daño y por tanto también para los daños morales.²⁶⁹ No obstante, en alguna otra sentencia, justificando la ausencia de prueba por la imposibilidad intrínseca a la naturaleza del daño, se ha reconocido que la relatividad e “imprecisión forzosa” del daño moral impide una exigencia judicial estricta respecto de su existencia y traducción económica.²⁷⁰ Reconocida la subjetividad de su realidad, su apreciación queda reservada por lo tanto al juez, quien goza de una discrecionalidad absoluta que le sirve para poder superar el obstáculo de las dificultades de prueba intrínsecas a este daño; para bien y para mal, pues se hace depender también de la inevitable subjetividad del juzgador. Y es que la aplicación rígida del Derecho realizada para colmar la exigencia de certeza, provoca en muchos casos menoscabos en el sentimiento de justicia en los ciudadanos, por lo que la labor de los jueces viene a evitar de algún modo que eso ocurra.

Junto a estos principios, en la valoración de la prueba también se ha de tener en consideración la doctrina jurisprudencial sobre la “prohibición de regreso lógico” que supone la improcedencia de realizar la valoración desde acontecimientos posteriores desconocidos en el momento de la conducta desencadenante del daño, siendo obligado situarse en el tiempo de los hechos para considerar la información disponible en aquel momento y que era con la que contaba el profesional cuya actuación se enjuicia.²⁷¹ Este principio cobra especial relevancia en el terreno de la medicina, sobre

²⁶⁷ Vid. STS de 25 de Julio de 2003 (recurso 1267/1999), 30 de Septiembre de 2003 (recurso 732/1999) y 11 de Noviembre de 2004 (recurso 4067/2000), entre otras.

²⁶⁸ Aunque nuestras leyes procesales no formulan el citado principio de adquisición procesal, también llamado de “comunidad de prueba”, el mismo tiene pleno reconocimiento en la doctrina jurisprudencial pacífica expresada, entre otras, en las sentencias de la Sala 3ª del TS de 31 de enero y 14 de febrero de 2012 al declarar que “*Probado un hecho resulta indiferente la parte que haya aportado la prueba en virtud del principio de adquisición procesal*”.

²⁶⁹ El TS en sentencias como la STS (Sala 2ª) de 5 de Octubre de 1982, “*La pretensión de resarcimiento de daños morales requiere acreditar en el proceso la existencia real y palmaria de ellos, así como los hechos que indiscutiblemente lo han causado y su importe*”.

²⁷⁰ Vid. STS 9 de mayo de 1984.

²⁷¹ Tal y como se declara en las STS de 14 y 15 de Febrero de 2006, 7 de mayo de 2007 y de 10 de junio de 2008, y Sentencia de 10 de Junio de 2008: “*La valoración del nexo de causalidad exige ponderar que*

todo en los errores o demoras diagnósticas, pues *a posteriori* resulta fácil interpretar o dar explicación a síntomas o signos que en su momento no hacían presumir el diagnóstico final.

5.2.2.- La inversión de la carga de la prueba

En el ámbito de la asistencia sanitaria, si bien en un principio el Tribunal Supremo entendía que era la Administración quien debía demostrar su inocencia frente a las imputaciones de los interesados, amparándose en el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial; posteriormente, se generalizó la obligación de que fuera el reclamante quien probara sus afirmaciones, con la sola excepción de algunos supuestos concretos en los que se invierte la carga de la prueba hacia la Administración, como son: la fuerza mayor, el daño desproporcionado²⁷², la falta de información previa al consentimiento²⁷³, los daños derivados de la ingeniería médica, por omisión de medidas de prevención de infecciones hospitalarias o nosocomiales²⁷⁴, y la no adopción de las cautelas contenidas en la Historia Clínica (si bien la ausencia de algún documento clínico no genera una responsabilidad automática de la Administración²⁷⁵, si ha constituido en algunos casos causa de condena a ésta, al

el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso y que permite eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo, ajeno al principio de culpa. La imputación objetiva al recurrente o atribución del resultado, quaestio iuris (cuestión jurídica) revisable en casación en el ámbito de la aplicación del art. 1902 CC, no puede llevar a apreciar una responsabilidad derivada de unos actos médicos sin más fundamento que ser anteriores en el tiempo y constituir eslabones en el curso de los acontecimientos cuando no podía preverse racionalmente el resultado final producido, ni a cuestionar el diagnóstico inicial del paciente si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen las leyes del razonamiento práctico”.

²⁷² Se trata de un supuesto en el que se invierte la carga de la prueba por la anormalidad o desproporción del resultado en relación a la actuación sanitaria realizada; de forma que la falta de explicación satisfactoria sobre lo acontecido genera la responsabilidad de la Administración. Al respecto, STS de 20 de Noviembre de 2012. Igualmente, la STS 19 de Julio de 2013 lo describe como: “*aquel no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación creando o haciendo surgir una deducción de negligencia*”.

²⁷³ El TS, entre otras en su STS de 7 de Diciembre de 2011, viene insistiendo en que pesa sobre la Administración la obligación de acreditar que ha dispensado una información adecuada y veraz.

²⁷⁴ Como antes ya hemos referido, en casos de infecciones hospitalarias, la jurisprudencia ha señalado que es la Administración la que ha de acreditar el cumplimiento por los centros sanitarios de los protocolos de profilaxis, conforme al estado del saber y de la ciencia y en relación al concreto acto sanitario que se reclama. Así lo establece, entre otras, la STS de 9 de Octubre de 2012.

²⁷⁵ Entendiendo de mayor facilidad para la Administración acceder a la historia clínica que al paciente, le es exigible por tanto mayor diligencia en la aportación de pruebas, si bien, tal y como lo pone de relieve la STS de 20 de Noviembre de 2012, el principio de la disponibilidad y facilidad probatoria no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver siempre en contra toda incertidumbre sobre el origen de la lesión. En el mismo sentido, STSJ Castilla-León, Sala C.A., de 8 de Mayo de 2012.

considerar que se crea una presunción de veracidad en las afirmaciones del reclamante²⁷⁶).

5.2.3.- ¿Debe probarse el daño moral?: el equilibrio entre la certeza y la dificultad de prueba

Siendo claros y unánimemente asentados los principios generales sobre la prueba del daño invocado, la especial naturaleza del daño moral sobre todo por la variedad de situaciones o formas (polimorfía) con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica²⁷⁷, motiva que en este ámbito no sea tan pacífica su aplicación, y así, tradicionalmente, son dos las posturas que se mantienen al respecto, conviviendo ambas a pesar de ser totalmente antagónicas. Por un lado, la que sostiene que el daño moral no requiere prueba y por otro lado, la que defiende que, al igual que resto de daños, debe ser probado por quien pretenda su reparación.

a) El daño moral no debe probarse: Esta teoría ha encontrado dos vías de desarrollo jurisprudencial:

-La primera fundamenta la falta de exigencia probatoria en la especial naturaleza del daño extrapatrimonial, dado su carácter espiritual y subjetivo, lo que no sólo hace innecesario, sino imposible, la acreditación de su existencia, entendiendo que los daños morales no precisan ser acreditados cuando fluyen lógicamente del suceso acogido como probado. De ahí que se haya señalado que el daño moral “sólo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido”, atendiendo a la naturaleza y gravedad de los hechos y su repercusión en el perjudicado²⁷⁸. En su consideración, la Jurisprudencia, tomando como base de su argumentación el concepto primitivo de daño moral (que lo identifica

²⁷⁶ Así, por ejemplo, la STS 171/2014, de 3 de Marzo de 2014, que señala: “(...) Efectivamente, al estar incompleta la historia médica del paciente, es imposible que pueda aceptarse la tesis de la Administración, pues no puede olvidarse que la técnica médica es de medios y no de resultados, medios que, en este caso, dada la ausencia tanto de la placa mencionada como de la exploración del paciente en esa misma fecha, debe llevarnos a concluir que no se valoraron adecuadamente las alteraciones presentes en la radiografía de tórax con carácter previo a la realización de la intervención programada, desconociendo, en todo caso, si debiera haberse proporcionado al enfermo algún tratamiento médico ajustado a las exigencias de la lex artis. Y como la obligación de aportar la historia clínica es carga de quien la tiene en su poder –en este caso la Comunidad de Madrid- su ausencia no puede perjudicar la pretensión de la parte recurrente quien con ese actuar administrativo se ve imposibilitado para demostrar la veracidad de sus afirmaciones consistentes en que se produjo una desatención médica pese a la neumonía que revelaba la radiografía de constante referencia. Afirmación cuya veracidad no puede constatare, dado el incumplimiento de la obligación de la Administración de guarda y custodia y, por tanto, de remisión al Tribunal de la historia médica completa del paciente... De lo expuesto esta Sala admite la tesis propuesta por el actor y concluye que hay relación de causalidad entre la actuación sanitaria y el fallecimiento...”.

²⁷⁷ GUERRERO ZAPLANA, J. (2003). Pág. 51.

²⁷⁸ STS 1291/2001 (Sala 2ª) de 29 de Junio de 2001.

con el dolor subjetivo), llega a la conclusión de que se trata de una materia entregada completamente al arbitrio de los jueces, quienes determinan su realidad y cuantía de manera discrecional, sin necesidad de fundamentar sus decisiones en la materia, y sin que sean revisables por los tribunales superiores.

- La segunda línea jurisprudencial, que en principio es partidaria de exigir la prueba del daño moral, realmente en la práctica llega a la misma solución que la anterior. Afirma, así, que si el daño moral más allá del *pretium doloris* puede ser definido como la violación de un derecho extrapatrimonial, la mera prueba de la transgresión del derecho, conllevaría la prueba de la existencia del daño. No obstante, esta teoría ha sido muy criticada, pues si bien no existe duda de que la naturaleza del daño moral hace extremadamente compleja su acreditación, el requerimiento de prueba arranca de principios básicos sustanciales y procesales que sostienen y fundamentan el moderno Estado de Derecho. Eliminar la exigencia probatoria equivale a desplazar la atención de la reparación del perjuicio a la conducta dañosa; lo que en última instancia exalta la función punitiva que, al menos entre nosotros, se pretende excluida del sistema de responsabilidad. Junto a ello, es manifiesto que la ausencia de exigencia probatoria es tierra propicia para el nacimiento de condenas arbitrarias por daños inexistentes o en cuantías no razonables, y potencia la disparidad de las decisiones judiciales, lo que supone un atentado a la justicia y a la seguridad jurídica.

b) El daño moral debe probarse: Esta tesis fundamenta que el daño moral debe ser probado, partiendo de los principios jurídicos más elementales como son el principio del debido proceso (derecho a una sentencia motivada y derecho a defensa) y el principio de la reparación integral del daño (que exige como condición necesaria que aquello que se pretende resarcir resulte probado, a fin de evitar asignarle una función punitiva a la responsabilidad, que, como decíamos, resultaría impropia).

5.2.4.- Presupuestos para la prueba: idoneidad y apreciación

Con independencia de las tesis expuestas, lo que sí es cierto es que sólo una vez delimitado el daño moral, podremos vislumbrar a qué hechos debemos dirigir la prueba y cuáles son, de entre los medios permitidos, los más idóneos para conseguir tal objetivo. En nuestro ámbito, la utilización de un concepto amplio de daño moral, a efectos probatorios, lleva aparejada la necesidad de que el mismo sea subdividido en distintas categorías; no sólo para abstraer con precisión aquello que se ha de reparar, sino para facilitar la identificación de las personas con legitimación activa para reclamar, y por tanto quienes deben acreditar la existencia del daño. Como analizaremos más adelante, la legitimación activa, más allá de constituir un mero

presupuesto formal en la presentación de la reclamación, resulta ser un aspecto de notoria relevancia, al actuar como verdadero criterio delimitador del daño. En este sentido, podríamos decir que el daño específico condiciona la legitimación para su reclamación, y al mismo tiempo la legitimación en cuestión delimita el daño a reclamar, de manera que se presentan como elementos íntimamente ligados.

En cuanto a los medios probatorios en relación a los actos sanitarios, dado que versan sobre cuestiones eminentemente técnicas y el Tribunal carece de los conocimientos técnico-médicos necesarios, son los informes periciales las pruebas esenciales en base a las cuales formará su criterio el juzgador, empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica, con el fin de zanjar el conflicto planteado.²⁷⁹

Por otro lado, la prueba que ha de ofrecerse al juez ha de ser una prueba pertinente y útil, capaz de producir en él la convicción necesaria para dar por acreditados los hechos constitutivos del daño moral que se alega; es decir, una prueba que resulte idónea. Sin embargo, a esta finalidad no sirve una delimitación demasiado amplia del objeto de prueba; por lo que, una vez más, se evidencia la necesidad de restringir el concepto o de introducir dentro de él las distintas categorías que arrojen los hechos constitutivos o, en su caso, los hechos que fundamentan el daño moral en relación a los cuales determinaremos los medios de prueba más idóneos (es decir, aquellos que causen más convicción en el juez). Así, por ejemplo, para el *pretium doloris* como subcategoría, el hecho constitutivo será la aflicción espiritual, la pena, la desesperación, etc, experimentada por la víctima; y los medios de prueba más idóneos serán la prueba pericial (informes médicos), la propia declaración de la víctima y la declaración de testigos. Se trata pues de que el perjudicado acredite, o por lo menos exponga o exteriorice la realidad de todos los conceptos que integran el daño moral: *“ese sufrimiento, ese dolor, esa zozobra, esa inquietud, esa desazón, esa ruptura de lazos afectivos, esa soledad, esa orfandad; sensaciones que aunque están dotadas de un intimismo indiscutible pueden dotarse de cobertura jurídica haciéndolas tangibles, incluso con apoyo en una especie de estadística sociológica”*.²⁸⁰

²⁷⁹ A este respecto, debemos tener en consideración la doctrina del TC de la que es exponente su sentencia 36/2006, en la que se expresa que “(...) la tarea de decidir ante distintos informes periciales cuál o cuáles de ellos, y con qué concreto alcance, deben ser utilizados para la resolución de un determinado supuesto litigioso es una cuestión de mera interpretación y valoración, conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, de la prueba, que en virtud del art. 117.3 de la CE, constituye una función exclusiva de los órganos judiciales ordinarios (por todas SSTC 229/1999, 61/2005)”.

²⁸⁰ Así lo expresa la STS Sala 1ª de 22 de Febrero de 2000.

En cuanto a la apreciación, el juez lógicamente ha de ceñirse a los medios de prueba legalmente establecidos, aunque su valoración se regirá por la convicción que se forme de los hechos, debiendo explicitar en la sentencia las razones que justifican su apreciación. Y es que, aún considerando que la, tantas veces resaltada, naturaleza compleja del perjuicio moral se traduce en una mayor dificultad probatoria, en ningún caso viene a variar la regla general en materia de valoración de la prueba, situando al juzgador dentro del sistema del “íntimo convencimiento”, lo que parece dar la razón a la tesis de que la prueba del daño moral es una materia entregada a la discrecionalidad del juez.

5.2.5.- El Daño Moral y las Presunciones

Las presunciones se encuentran reguladas en los artículos 385 y 386 de la LEC, incluyéndose dentro del mismo capítulo dedicado a la prueba aunque, rigurosamente hablando, éstas no son realmente un medio probatorio. Podemos definir la presunción como la comprobación de un hecho de difícil o imposible acreditación, a través de la demostración de un segundo hecho con el cual tiene una relación tal, que verificado el último, puede afirmarse con un alto grado de probabilidad que el primero se ha producido. En consecuencia, si se constata el segundo hecho, pueden sucederse las consecuencias jurídicas previstas para el supuesto primero.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que pueda apreciarse un daño moral, se exige que al menos se pruebe la existencia de hechos básicos de los que puedan inferirse aquél si el enlace es lógico en virtud de las reglas del criterio humano, mediante la técnica de la presunción. De ahí, que no necesite de especiales acreditaciones, en atención a la dificultad de su prueba por carecer de módulos o parámetros objetivos presumiéndose como cierto.²⁸¹ Por tanto, frente a la regla general que impone al actor la carga de probar los daños sufridos, surge la excepción en el ámbito del daño moral, al no estimar necesaria la prueba cuando de los hechos demostrados o reconocidos por las partes en el pleito se deduzca, necesariamente, la existencia de un daño; pues, además, en materia de valoración de este tipo de daño, y a diferencia de los derivados de gastos o pérdidas económicas, el principio de facilidad probatoria con arreglo al cual se interpreta el art 217 LEC señala la necesidad de recurrir en última instancia al juicio de razonabilidad que proporciona la lógica, la experiencia y el criterio humano.²⁸²

²⁸¹ Al respecto, las STS 31 de Octubre de 1990 y STS de 25 de Julio de 2003.

²⁸² Tal es el argumento de la SAP Alicante nº 208/2010 de 18 de Junio de 2010, entre otras.

A pesar de que no existen en nuestro derecho presunciones legalmente establecidas sobre este tipo de perjuicios; sin embargo, del análisis de la jurisprudencia, puede establecerse que, a efectos de distribución de la carga de la prueba, se puede hablar de dos tipos de daños morales.

- a) Aquellos cuya existencia puede presumirse, por ser de sentido común.
- b) Aquellos cuya existencia debe ser acreditada mediante pruebas distintas a la de presunciones o no sólo por éstas.

En general, la doctrina no cuestiona la utilización de este instrumento respecto de la acreditación del daño moral, por cuanto éste tiene mucho de “presunto” y su uso es perfectamente lícito, siempre y cuando: se cumplan los debidos requisitos legales, las circunstancias que sirven de base a la presunción de los daños estén debidamente acreditadas en el proceso²⁸³ y en todo caso, se admita la prueba en contrario. La prueba mediante presunciones constituye uno de los llamados resquicios solidaristas consagrados dentro del sistema probatorio, y queda de manifiesto su importancia respecto de aquellas materias en que, como es el caso del daño moral, la prueba directa es extremadamente compleja.²⁸⁴

La tarea pendiente, a este respecto, sería el desarrollo de la tipología de daños morales que pueden ser presumidos y aquellos que no, a partir de la determinación de ciertos grupos de casos que permitan la aplicación de estas dos categorías de una manera más uniforme y transparente, y que reduzca además la arbitrariedad que su utilización no fundamentada podría ocasionar (daños morales que puedan ser inferidos a partir de ciertas lesiones a la integridad física o psíquica; y daños morales que, en cuanto son consecuencia de la afectación de cosas corporales, deben ser acreditados en el proceso mediante la aportación de pruebas directas).²⁸⁵

²⁸³ Recalcándose que las presunciones deben fundarse sobre hechos probados, pues si no, se trataría no de una presunción sino de una mera ficción.

²⁸⁴ El papel de la presunción para la determinación del daño moral aparece en otros ámbitos, y así por ejemplo, en cuanto a los delitos ante agresiones a la libertad sexual o a la autoestima y reputación en esta materia, el TS se muestra especialmente proclive a condenar al pago de indemnizaciones. Las concede sistemáticamente, pero no requiere constatación alguna de la realidad y alcance del daño. Indemniza la ofensa por su enormidad, pero no entra en consideraciones empíricas sobre la dimensión del perjuicio. La gravedad de estos hechos, así como la relevancia y repulsa social que merecen aparecen aquí como los factores preponderantes en la fijación de la indemnización por daño moral. Esta materia es claro ejemplo del referido uso sancionador de la indemnización por daño moral. Vid. GÓMEZ POMAR, F. (2000).

²⁸⁵ Y es que, dependiendo del carácter o la personalidad de cada cual, se sufre por unas cosas o por otras y no de igual manera, dada la “*congénita subjetividad o intimidad de los daños morales*”. “*Este rasgo nos obliga a recapacitar sobre la prueba del daño moral. Estamos en un ámbito en el que las presunciones juegan un papel esencial, pero hay que dilucidar en qué casos puede presumirse la existencia del daño in re ipsa y si cabe la prueba en contrario*”. QUICIOS (2011). Pág. 564.

En la materia que tratamos, la presunción opera especialmente en el caso del daño moral indirecto o por rebote ocasionado a un allegado por el fallecimiento de un paciente, respecto del cual los Tribunales vienen entendiendo que la mera acreditación de la relación de parentesco u otro vínculo, en el orden de las relaciones humanas, puede constituir indicio suficiente de daño moral respecto de parientes próximos, argumentando que se trata de un *“daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierto”*.²⁸⁶ En estos supuestos, y entendiendo que *“no debe ser probado lo que normalmente se infiere de las circunstancias concurrentes, sino aquello que se separa de lo ordinario y obedece a situaciones de excepción”*²⁸⁷, es la Administración o el Tribunal en su caso quienes deben desvirtuar, por tanto, tal presunción, probando la inexistencia de dicha relación o la ausencia de efectivo daño moral o perjuicio patrimonial ocasionado por la separación entre los parientes. Esta postura ha recibido, no obstante, alguna que otra crítica, sosteniendo en su lugar que no sólo debe acreditarse el parentesco sino también la relación afectiva en que se fundamentaría el daño moral invocado. Y si bien, podríamos compartir dicha crítica con respecto a las sentencias más radicales (en las que se han reconocido indemnizaciones respecto de parientes cuya enemistad o descuido con la víctima directa han sido acreditados); o si nos planteamos el daño moral que se presume del cónyuge frente al fallecimiento de su pareja, cuando puede ser que se odiaran, de forma que el fallecimiento no sólo no le causa tal daño sino que además lo convierte en feliz heredero; sin embargo, cabe discrepar en la medida en que, por las reglas de la experiencia y del orden común de las relaciones, legítimamente puede presumirse de la sola relación de parentesco un vínculo afectivo que justifica la existencia del respectivo daño moral, siempre y cuando no existan en el proceso antecedentes que impidan la aplicación de tales reglas.

²⁸⁶ Cabe citar al respecto, la STS de 11 de noviembre de 2004 (recurso 7013/2000) y en similar sentido la sentencia de 25 de julio de 2003 (recurso 1267/1999). Igualmente así lo entendió el Alto Tribunal en la STS de 15 de junio de 1989, relativa a la muerte en accidente de circulación de tres jóvenes solteras de 17, 18 y 27 años de edad, en la que afinó señalando que *“en esta situación y tratándose de daños morales, el dolor que a los padres ha de producir la muerte de los hijos, sobre todo, si es que cabe hacer graduaciones en este sentido, en plena juventud, no necesita ningún tipo de probanza. De esta relación parental fluye, de manera normal y lógica, el daño”; “en estos supuestos no rige tampoco la norma según la cual los perjuicios no se presumen y han de demostrarse, regla que cede cuando se produce una situación tan ciertamente dramática y lacerante como a la que se refiere esta causa, en la que están probadas la muerte y la relación paterno-materno-filial, salvo cualificadas excepciones que no son de aplicación a este supuesto porque no han sido traídas al debate judicial sin duda porque no concurren, como son por ejemplo, los supuestos de abandono”*. Y del mismo modo, la Sala de lo Penal, en STS de 8 de marzo de 1991 volvió a señalar que, *“en los supuestos de muerte, el daño económico y el daño moral, valorable pecuniariamente, no necesitan ser probados porque son consecuencia necesaria del hecho”*.

²⁸⁷ En este sentido podemos citar la STS de 4 de Mayo de 1999 (Ponente XIOU RIOS).

Fuera de estos supuestos, es el reclamante quien ha de acreditar la existencia de un daño moral apreciable y su legitimación activa para reclamarlo, debiendo aportar datos de entidad suficiente para estimar el daño moral como efectivamente sufrido; pues, al no ser en estos casos objeto de presunción alguna, no compete a la Administración la prueba de su inexistencia.²⁸⁸

Junto a este caso, la presunción también ha sido aceptada por los Consejos Consultivos en supuestos de “*pretium doloris*”, reconociendo que el grado de certeza exigible a los daños morales no puede ser equiparable al de los daños patrimoniales o físicos.²⁸⁹ Y es que la propia jurisprudencia, reconociendo la dificultad probatoria que suponen este especial tipo de daños “vaporosos” e insertos en el intimismo humano, relaja la fuerza de la prueba, dando por buena en algunos casos la mera “exposición” o “exteriorización” de la realidad dañosa.²⁹⁰ Igualmente, se ha señalado que si bien cuando el daño moral emane de un daño material, o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte; cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la “*in re ipsa loquitur*” o cuando se da una situación de notoriedad, no es exigible una concreta actividad probatoria.²⁹¹

5.3.- EL DAÑO MORAL COMO DAÑO ABSTRACTO, PRESUNTO Y SANCIONATORIO

La figura del daño moral muestra como, a veces, los mecanismos resarcitorios no se usan para compensar un daño, sino para constituirlo. Con ello, queremos decir que la

²⁸⁸ Este es el caso, por ejemplo del Dictamen del Consejo Consultivo de la Rioja, emitido con fecha 19 de Septiembre de 2013, en el cual si bien reconoce que le afectó al interesado el fallecimiento de su hermano, no entiende aplicable al caso la presunción, considerando que no se ha acreditado un daño moral suficiente para conllevar el derecho a una indemnización señalando que “*los efectos que para el ser humano comporta el amor fraterno no pueden confundirse con los daños morales: los primeros carecen de consecuencias jurídicas, mientras que sí que pueden tenerlas los segundos; pero, para ello, hace falta que se haya acreditado su existencia y la entidad que requieren para producirlas*”.

²⁸⁹ Así, por ejemplo el Dictamen 466/2013, de 16 de Octubre de 2013 del extinto Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid señala que “*Aun cuando la Administración niegue la existencia de dichos daños, se ha de recordar que no puede exigirse la prueba con el grado de certeza aplicable a los daños patrimoniales o a los físicos. Así en el ámbito penal se viene estableciendo que el llamado “pretium doloris” no necesita prueba “(...) cuando deviene de los hechos declarados probados” (STS Sala 5ª de 12 de Mayo de 2010, sin que sea necesario que ese daño moral “(...) tenga que concretarse en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas” (STS, Sala 2ª, de 16 de mayo de 1998 y 27 de enero de 2001)*”.

²⁹⁰ En este sentido, cabe citar la SAP Madrid de 26 de diciembre de 2001, Sección 12 (Rollo nº 822/2000,) Ponente D. José Manuel Suárez Robledano: “*Dentro del daño moral será justamente la víctima quien acredite, o por lo menos, exponga o exteriorice la realidad de todos los conceptos que han integrado el daño moral: ese sufrimiento, ese dolor, esa zozobra, esa inquietud, esa desazón, esa ruptura de lazos afectivos, esa soledad, esa orfandad; y sin ubicar estas sensaciones dotadas de un intimismo indiscutible, de la cobertura jurídica para, incluso, con apoyo en una especie de estadística sociológica, poder cimentar su integración tangible en la responsabilidad de este vaporoso y discutible daño*”.

²⁹¹ Criterio que se recoge en SAP de Sevilla de 15 de Noviembre de 2001 Sección 5ª, Rollo nº 6302/01.

doctrina y la jurisprudencia sobre el daño moral van acotando en qué ámbitos hay ciertas obligaciones de hacer o de omitir respecto de las personas, y esas obligaciones se establecen o se refuerzan usando la idea de daño moral como base de un deber de reparar que, en realidad, se trata más bien de la imposición de una sanción. Es el caso claro, que más adelante desarrollaremos, del resarcimiento de la falta o defectos de la información o consentimiento informado.

El carácter sancionatorio se acredita por el hecho de que, para el cálculo del *quantum* indemnizatorio, se toma más en cuenta la gravedad de la conducta del agente, que la existencia real de daño para el sujeto pasivo o que el monto real o aproximadamente calculado de dicho daño. Y así, como el dolor no tiene precio, es la conducta del que presuntamente lo causa lo que funciona como clave del cálculo de la reparación-sanción²⁹², lo que supone que no se está valorando la lesión, sino la actuación del profesional, alejándose de la naturaleza y finalidad del sistema de responsabilidad patrimonial.

Otro de los fenómenos que diluyen la noción de daño como elemento central y constitutivo de la responsabilidad extracontractual es el que podríamos llamar la “*responsabilidad por daño abstracto*”. Son buen ejemplo los supuestos de “*wrongful birth*”, o la lesión del derecho a la información del paciente, en los que se prescinde de toda consideración de lo que con la información omitida hubiera podido hacer, conseguir o evitar el perjudicado. El problema la plantea con gran claridad PASQUAU LIAÑO: “*Es muy importante precisar cuál es exactamente la razón por la que determinados daños que en principio se consideran fortuitos, por no deberse a negligencia, y por tanto asignados a quien los sufre acaben atribuyéndosele al profesional. ¿Es porque la falta de información comporta una negligencia determinante de la producción del daño (consistente en la pérdida de posibilidades de evitarlo)? ¿Es una sanción por la infracción de un deber legal, que por sí mismo comporta una lesión-indemnizable- de la dignidad del paciente?*”²⁹³

Más evidente todavía se hace ese carácter abstracto del daño cuando en estos casos toma la forma de daño moral autónomo, de daño propio a la autonomía personal del

²⁹² Ese uso jurisprudencial del daño moral tanto como suplemento sancionatorio como en cuanto a forma de sustraerse a todo cálculo de la certeza y magnitud del daño, a efectos de cumplir con el dogma de la reparación integral, lo señala de forma contundente Carrasco Perera: “*La doctrina del daño moral está sirviendo básicamente para cumplir una función de neutralización del riesgo de infra compensación, cuando la víctima no se encuentra en condiciones reales de suministrar una prueba cumplida del daño sufrido*” CARRASCO PERERA (2011). Pág. 387.

²⁹³ PASQUAU LIAÑO, M. (2012). Pág. 10.

paciente, llegándose al extremo de estimarlo cuando no hubo información del riesgo de un tratamiento o intervención, pero tal riesgo no se consumó en daño físico y la operación terminó con éxito o el tratamiento con curación. A esta cuestión nos dedicaremos más adelante, constituyendo, a nuestro juicio, un peligroso artificio que está cobrando un manifiesto protagonismo en el panorama actual de la responsabilidad patrimonial sanitaria.

Lo cierto es que, cuanto más se asume como daño generador de responsabilidad este llamado “daño meramente abstracto”, tanto más prima el fin sancionatorio sobre el puramente resarcitorio, de manera que la indemnización se aleja de la idea de compensación por un daño efectivo y más o menos valorable, convirtiéndose en consecuencia reactiva ante la realización de una conducta reprobable, sea activa u omisiva.

6.- CONCLUSIONES:

1. El reconocimiento del daño moral como daño resarcible ha venido precedido por un largo camino lleno de obstáculos, con reticencias de índole ética y moral en un principio y numerosas objeciones, tales como la dificultad de su prueba y evaluación monetaria. Hoy en día, el desarrollo de este concepto ha llevado al TS a reconocer carta de naturaleza a su reparación, aludiendo a la superación de una doctrina anticuada ya dejada atrás.
2. La concreción de lo que puede entenderse por daño moral resulta un tema controvertido, con respecto al cual se han realizado diversos intentos con el fin de acercarse a una delimitación, lográndose más aproximaciones que determinaciones. En todo caso, para lograr fijar su significado se hace necesario el conocimiento de la protección jurídica que le otorga nuestro sistema jurídico.
3. La versatilidad del concepto de daño moral permite que se haya convertido en un verdadero comodín para los Tribunales, que encuentran en él una vestidura cómoda para encajar todo tipo de partidas indemnizatorias. Advertimos así que, en numerosos casos en los que se alude al componente subjetivo en la valoración del daño moral sanitario, se observa un verdadero enmascaramiento del reconocimiento de un daño patrimonial del que en ese momento no se puede conocer su alcance. Igualmente se utiliza para indemnizar daños corporales que resultan de difícil acreditación, o incluso para constituir una obligación de los Servicios Sanitarios, imponiendo con su indemnización una verdadera sanción ante determinadas omisiones que se entienden reprobables, como ocurre con el deber de informar y recabar el consentimiento informado del paciente.

4. El desbordamiento y el abuso en la invocación del daño moral pone de manifiesto la necesidad de delimitar no sólo su concepto, sino los supuestos en los que puede considerarse antijurídico y por tanto resarcible desde el prisma de la responsabilidad patrimonial.
5. La expresión daño moral constituye realmente, hoy, un concepto jurídicamente indeterminado, mucho más amplio que el simple *pretium doloris* de antaño, que ha pasado a ser un subgénero, como una de sus posibles y numerosas manifestaciones. Lejos de que haya podido ser delimitado un significado en particular, por el contrario, acoge una multiplicidad de supuestos que requieren una renovación continua para acompañar la evolución en los valores que va adquiriendo la sociedad.
6. A la hora de enjuiciar la responsabilidad patrimonial, es necesario diferenciar el hecho lesivo de su resultado dañoso. Esta distinción resulta esencial, si tenemos en cuenta que lo que pondrá en marcha el mecanismo resarcitorio no es la conducta lesiva, sino la consecuencia de ésta, es decir, que se haya producido un daño antijurídico. Ello supone que podamos encontrar muchos casos en los que la actuación médica no ha sido la correcta, pero si no ha causado ningún daño antijurídico, no conlleva indemnización alguna, por muy reprobables que parezcan los hechos.
7. Repasando el repertorio de sentencias, podemos observar que el umbral a partir del cual las molestias o padecimientos constituyen daño jurídico en la órbita del daño moral ha descendido notablemente. No obstante, y si bien en algunos pronunciamientos judiciales se determina la procedencia de ciertos daños morales mínimos, la práctica judicial revela la necesidad de superar un mínimo tope de lesión a intereses extrapatrimoniales para su admisión, en función de las circunstancias objetivas de la normal tolerancia o convivencia social respecto a la entidad de la lesión extrapatrimonial.

CAPITULO III.- LA LEGITIMACIÓN ACTIVA COMO ELEMENTO DELIMITADOR DEL DAÑO MORAL: SUS SINGULARIDADES EN LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA

1.- Introducción

2.- La Legitimación Activa Ordinaria.

2.1.- Legitimación Originaria por daños directos e indirectos: especial mención a la reclamación por daños morales por el fallecimiento de otro.

2.1.1.- Legitimación Originaria por daños directos

2.1.2.- Legitimación Originaria por daños indirectos:

A) Por daños derivados de lesiones físicas:

- Especial referencia a la legitimación de los progenitores con respecto a los daños ocasionados a los hijos menores

B) Por daños derivados del fallecimiento: la delimitación de la condición del perjudicado

a) Legitimación del padre o la madre

b) Legitimación de los hermanos

c) Legitimación de las personas con falta de conciencia por capacidades minoradas

d) La repercusión de los nuevos tipos de perjudicado en el nuevo Baremo de Tráfico

2.2.- Legitimación Ordinaria Derivada: especial mención a la legitimación mortis causa

2.2.1.- Los daños causados por la propia muerte: ¿causa la muerte un daño moral al que la sufre:

a) Tesis negativas

b) Tesis a favor

2.2.2.- Daños causados al fallecido antes de su muerte: el problema de la

Transmisibilidad en los daños morales

a) Tesis negativas

b) Tesis a favor de la transmisibilidad del daño moral

c) Teoría de la doble Legitimación

3.- La Legitimación Activa Extraordinaria: La representación

3.1.- Falta de acreditación de la representación

3.2.- Acreditación con medios no idóneos

4.- La sucesión en el procedimiento de responsabilidad patrimonial

5.- Conclusiones.

1.- INTRODUCCIÓN

A la hora de resolver la procedencia de una pretensión indemnizatoria, como cuestión previa junto al elemento formal del plazo, la Administración, primero, y los Tribunales, después, han de examinar la legitimación de quien ejerce la acción (legitimación activa) y del órgano al que va dirigida (legitimación pasiva).

La determinación de la legitimación pasiva de la Administración a cuyo funcionamiento se vincula el daño no suele plantear por lo general problemas; si bien en el ámbito sanitario, sí se han suscitado disquisiciones con respecto a las Mutuas Laborales, los centros concertados, y la atribución de competencias y responsabilidad en el caso de pacientes trasladados (que siendo residentes en una comunidad autónoma reciben asistencia sanitaria en otra, bien por urgencia o bien por derivación de su comunidad de origen). No obstante, teniendo en consideración que la problemática de la legitimación pasiva es normalmente común a todo tipo de daño y no se particulariza en relación a los daños morales, dejaremos a un lado su estudio para centrarnos en la figura del interesado ante el daño moral, y las interesantes singularidades que se plantean en relación a su legitimación.

Al analizar la legitimación activa del que insta la declaración de responsabilidad de la Administración pretendiendo obtener una indemnización, es fundamental fijarse en el tipo de daños cuyo resarcimiento se solicita, a fin de comprobar si es la persona realmente perjudicada por los mismos. En el ámbito sanitario, si bien, por lo general, el daño corporal no ofrece dudas en cuanto a quién corresponde la legitimación, no ocurre igual cuando lo que se invoca es un daño moral; cuestión que, una vez más, constituye campo de distintas interpretaciones y soluciones que vuelven a poner de manifiesto la dificultad que representa para el Derecho este tipo de daño.

A tal efecto, resulta necesario examinar los términos en los que se presenta la reclamación administrativa y el posterior recurso contencioso; pues, en virtud del principio de congruencia, se habrá de valorar la legitimación en relación al *petitum* de cada reclamante; siendo por tanto una cuestión en la que los interesados debieran hacer hincapié, sobre todo cuando es un abogado quien les asiste o representa. Es habitual encontrar en una reclamación que se añaden los familiares del paciente, sin distinguir ni concretar (ni mucho menos, acreditar) cuáles son sus perjuicios específicos y propios, distintos de los de la víctima principal; de manera que su papel se reduce al de ser “meros acompañantes” en la reclamación o quizás solicitantes de una eventual indemnización por si acaso les pudiera corresponder, y que no suele fructificar por no estar bien planteada la acción con respecto a ellos.

Por el Tribunal Supremo se ha venido definiendo la legitimación activa como la adecuación normativa entre la posición jurídica que se atribuye el sujeto y el objeto que demanda, en términos que, al menos en abstracto, justifican preliminarmente el conocimiento de la petición de fondo que se formula. Y ello no porque conlleve que se

le vaya a otorgar lo pedido, sino simplemente porque el juez competente, cumplidos los requisitos procesales, está obligado a examinar el fondo y resolver sobre el mismo por imperativo del ordenamiento jurídico material.²⁹⁴ En definitiva, la legitimación activa supone la exigencia de ostentar una especial posición respecto de determinados derechos, relaciones o situaciones jurídicas, que habilita al titular para que pueda, por medio del ejercicio de la acción administrativa o procesal ante los Tribunales, desencadenar el mecanismo de tutela de sus derechos.

Con carácter general, el art. 10.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que *“Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”*. Por su parte, en el Derecho Administrativo, y en lo referido a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial el art. 67 de la nueva Ley 39/2015, de 1 de Octubre (y anteriormente el art. 142.1 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre y art. 4.1. del Reglamento de Procedimiento en materia de Responsabilidad Patrimonial), se limitan a señalar que el procedimiento se iniciará por reclamación de los interesados (además de la posible iniciación de oficio); referencia que se remite a la propia ley, de cuyo articulado han de extraerse los requisitos subjetivos de la acción, adaptándolos a esta especial materia. Así, el art. 4 de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre de Procedimiento Común de las Administraciones Públicas (que reproduce el anterior art. 31.1.a de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre) considera interesados en el procedimiento a *“quienes lo promuevan como titulares de derechos”*, y la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su art. 19.1 a) señala que están legitimadas en este orden *“las personas físicas y jurídicas que ostenten un derecho”*.

Siendo el procedimiento administrativo no sólo una vía de justicia en sí misma (al finalizar con una resolución de la solicitud formulada), sino además un presupuesto previo para poder acceder a la vía jurisdiccional, la legitimación considerada en el procedimiento administrativo va a repercutir necesariamente en la vía procesal²⁹⁵, pues aquel legitimado que no haya agotado la vía administrativa, carecerá de acción para acudir a la vía contenciosa posterior.

²⁹⁴ Vid., entre otras, la STS 21 de Octubre de 2009. Ponente Excmo. Antonio Salas Carceller.

²⁹⁵ REBOLLO PUIG recuerda, en este sentido, la línea jurisprudencial según la cual la Administración no puede oponer con éxito en el proceso contencioso la falta de legitimación, si ello no se opuso en la vía administrativa previa en virtud de la prohibición de ir contra los actos propios (con excepción de si la personalidad se hubiera extinguido por muerte o liquidación de la persona jurídica). REBOLLO PUIG, M. (2012). Pág. 52. Ejemplifica dicha línea, entre otras, la STS 21 de Enero de 2011.

Como vimos en el primer capítulo, al hablar de responsabilidad patrimonial, la Ley recoge el derecho “de los particulares” a ser indemnizados por los daños que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad de la Administración. Por tanto, la legitimación para solicitar la declaración de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento del Servicio Sanitario, recae exclusivamente en aquella persona que, como usuario, sufre la lesión y que por ello se encuentra facultada para reclamar una indemnización al Sistema Sanitario Público²⁹⁶. Entre dichos perjudicados no sólo van a estar los pacientes o enfermos, o los allegados a éstos, sino también los propios empleados de las distintas Administraciones Públicas.²⁹⁷ Y, si bien con respecto al funcionamiento de la Administración Sanitaria pueden ser interesados tanto las personas físicas como las jurídicas - para las que ya es reconocida su legitimación en cuanto al daño moral en multitud de sentencias-; en lo relativo al concreto ámbito asistencial al que nos referimos en este trabajo, que se centra en los daños morales relacionados con la atención sanitaria, obvio resulta decir que será únicamente la persona física la que puede ostentar legitimación para reclamar, como titular de la integridad física, la vida y los derechos relacionados con tales bienes.

Junto a los requisitos generales que establecen los arts. 3 y 4 de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre (anteriormente regulados en el art. 35 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre), al desarrollar la condición de interesado, son obligados también los presupuestos de capacidad suficiente que impone el Código Civil, que establecen la capacidad de obrar de los mayores de edad no incapacitados y los menores emancipados (con independencia de nacionalidad, vecindad y sexo)²⁹⁸, y los que establecen la necesidad de completar la capacidad por los correspondientes representantes legales, en aquellos supuestos en los que se presenta incompleta, como es el caso de los menores, los incapaces, etc.

²⁹⁶ El usuario del servicio público se encuentra en una posición jurídica cuyos derechos y obligaciones se regulan por normas jurídicas públicas, sin que resulte de contrato alguno ni con la entidad ni con sus profesionales de quienes reciben las prestaciones; por lo que la doctrina ha venido calificando como extracontractual la responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria. VILLAR ROJAS, F.J. (1996). Pág. 59.

²⁹⁷ La referencia “particulares” no excluye a empleados públicos, sin perjuicio de su especial relación con la Administración, habiendo aclarado la jurisprudencia que en dicho término se da cabida a todos los ciudadanos frente a las Administraciones como responsables del daño irrogado. Aunque en los casos de reclamaciones de los empleados públicos la responsabilidad presenta ciertas peculiaridades a la hora de concretar la antijuricidad del daño (resulta necesario en estos casos valorar si concurre algún título jurídico que determine si el empleado está obligado o no a soportar el daño, por la naturaleza del puesto de trabajo concreto) y las especiales obligaciones de la Administración frente a su personal, no existe duda en cuanto a la procedencia de la reparación a través del instituto de la responsabilidad patrimonial.

²⁹⁸ Arts. 322 y 323 C.C.

En el caso de los menores, es frecuente que los padres o sólo uno de ellos reclamen en representación de su hijo pero además en su propio nombre, por el sufrimiento y las consecuencias que el daño del menor les causa a estos²⁹⁹. Y si bien se han planteado fundadas razones en cuanto a la posibilidad de que el menor actúe por sí mismo en la solicitud ante la Administración, en la práctica se viene exigiendo de forma unánime la representación del menor por parte de sus padres, o al menos uno de ellos.³⁰⁰

Con respecto a la acreditación de la legitimación, en relación con lo anteriormente expuesto, se ha venido sosteniendo que la determinación de la relación jurídica o la titularidad del interés dañado es una cuestión de derecho material que ha de deducirse en el procedimiento; bastando, por tanto, la mera afirmación de ser interesado para ejercer la acción jurídica y ser parte en el proceso³⁰¹. Se exige, pues, la adecuación normativa entre la posición jurídica que se atribuye el sujeto y el objeto que demanda, en términos que, al menos en abstracto, justifiquen que el tribunal deba pronunciarse sobre el fondo, sin perjuicio de que no se le otorgue lo pedido; pues como cuestión de derecho material que es, si no resulta probada en el proceso dará lugar a una resolución final que entrando en la materia, desestimaré la reclamación.³⁰²

Dicho lo cual, *a priori* podría parecer que no es necesario que, en caso de reclamación por ejemplo con motivo de un fallecimiento, la Administración haya de requerir al interesado que acredite la relación con el fallecido en la que basa su petición, apercibiéndole de que, en caso contrario, se le podrá tener por desistido de la solicitud; máxime, entendiendo que la Ley no impone que haya de ser acreditada la

²⁹⁹ La legitimación por ese perjuicio derivado del daño originario sufrido por el hijo es aceptada en dictámenes y sentencias, debiendo deslindar cuál es el daño del hijo y cuál el de los padres. Sirva como ejemplo el Dictamen 50/15, de 11 de Febrero de 2015 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, relativo a una reclamación de la madre en su propio nombre y además en el de su hijo menor por entender incorrecta la cura de una herida sufrida en la frente, que le obliga a tener que ser intervenido por Cirugía Plástica. En dicho dictamen si bien no se entra en el fondo, sí se reconoce como indiscutible esa doble legitimación de la madre.

³⁰⁰ REBOLLO PUIG, M. (2012). Pág. 58

³⁰¹ Así lo expresa la STS de 21 de Octubre de 2009: *“Esta Sala ya declaró en sentencia de 3 junio 1988 que lo que ha de tenerse en cuenta en la legitimación «no es la relación jurídica en cuanto existente, sino en cuanto deducida en juicio, lo que significa que basta la mera afirmación de una relación jurídica como propia del actor o del demandado para fundar necesaria y suficientemente la legitimación para obrar, de tal manera que la parte, por el mero hecho de serlo, es siempre la justa parte en el proceso, dado que ésta sólo existe como tal en el proceso ejercitando su actividad jurídica por medio de la acción, con lo que el significado de la legitimación se circunscribe a determinar quiénes son las partes de un proceso concreto”*.

³⁰² Respecto a la legitimación activa *“ad causam”* es doctrina comúnmente admitida (Sentencia del TS de 13 de Noviembre de 2002; *“ad exemplum”*), que la misma, en cuanto afecta al orden público procesal, ha de ser examinada incluso de oficio.

legitimación con la reclamación inicial.³⁰³ Sin embargo, los Órganos Consultivos de las distintas Comunidades Autónomas, aun considerando que en atención al principio anti formalista que rige el procedimiento administrativo no puede ligarse dicha falta de acreditación a la inexistencia de legitimación activa y consecuente inadmisión de la reclamación; por el contrario, en sus pronunciamientos sí han venido señalando que el órgano instructor ha de solicitar la acreditación de las relaciones que fundamentan la legitimación de los reclamantes con anterioridad a la emisión de la resolución del procedimiento, sin perjuicio de que en algún caso refleje esa exigencia haciendo uso de la presunción.³⁰⁴ Lo cierto es que el art. 67.2 de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, al referirse a los requisitos de la reclamación indica que “... *irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante*”, de lo que podría inferirse la obligación del reclamante de acreditar la relación que dice haber sostenido con el fallecido, o por lo menos, anunciar de qué forma o de qué medios se servirá para probarlo en el curso del procedimiento.

En la práctica, la realidad es que la Administración se ve compelida a requerir se acredite tal extremo, preferiblemente desde que está en sus manos la reclamación, o bien posteriormente y en cualquier caso antes de dictar resolución (si en un principio paso desapercibido tal defecto), a fin de que al resolverse el procedimiento todas las deficiencias formales o materiales ya hayan quedado subsanadas; siendo conocedora, además, de que sin este requisito el dictamen del Órgano Consultivo (en los casos en los que sea preceptivo, en virtud de las distintas regulaciones autonómicas) reprochará tal omisión en su fundamentación. En realidad, esta práctica resulta de suma utilidad, pues lo cierto es que la realización del requerimiento con carácter previo al inicio del procedimiento constituye un filtro de aquellas reclamaciones indebidas, ya que al requerirse tal subsanación en virtud del art. 68 de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre (reproducción del art. 71 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre), resultarán archivadas por desistimiento aquellas solicitudes en las que el reclamante no llegue a

³⁰³ En este sentido, REBOLLO PUIG, en el seno de las Jornadas celebradas por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en 2012, sostiene que “*El que realmente tenga ese derecho porque verdaderamente sufrió un daño porque, a su vez, efectivamente tenía tales vínculos con el difunto es ya cuestión de Derecho material; y si no es así –o no prueba que fuese así– habrá una resolución final que, entrando en el fondo del asunto, desestimaré la reclamación, no una resolución de inadmisión o archivo por falta de legitimación. Igual sucederá si el allegado del difunto que reclama por un daño propio no tiene un derecho a indemnización por considerarse que aquel daño no es jurídicamente relevante o no está jurídicamente protegido*”. REBOLLO PUIG, M. (2012) Págs. 68 y 69.

³⁰⁴ A este respecto, el Dictamen 87/08, de 12 de Noviembre de 2008 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, por ejemplo, señala que ya que la acreditación de la relación paterno-filial o matrimonial de los reclamantes con el fallecido no se aporta con la reclamación, debe solicitarse por el Instructor, sin perjuicio de lo cual, en el caso objeto de dictamen se entienda que “*dicha presunción se ve apoyada por los apellidos de la que se dice hija del fallecido*”.

acreditar su legitimación, sin necesidad de tener que tramitar el procedimiento y entrar en el fondo.

Junto a las cuestiones que, de ordinario, se plantean entorno a la legitimación activa en cualquier procedimiento de responsabilidad patrimonial, resultan interesantes distintos aspectos que se suscitan en la práctica con respecto al daño moral, por lo que nos detendremos a continuación en dicha problemática, desde cada una de las formas en que puede presentarse con motivo de la asistencia sanitaria.

A este respecto, conviene dejar ya apuntada la incidencia que el sistema indemnizatorio en materia de tráfico tiene para los Tribunales; pues no sólo les sirven sus tablas a la hora de fijar las indemnizaciones en la responsabilidad patrimonial sanitaria, sino que además extraen de ellas criterios automáticos de legitimación, hasta el punto de denegar la misma, con la justificación de no estar incluido en dicha tabla el legitimado en cuestión.³⁰⁵ No podemos más que estar en desacuerdo con esta práctica, pues una cosa es el uso de dichos criterios para orientar la cuantificación de las indemnizaciones, y otra que con ello el Tribunal esquive la tarea de enjuiciar en cada caso concreto la legitimación desde la óptica del Derecho Administrativo, analizando si existe o no el interés que le permita al administrado ejercer la acción, y en su caso obtener la indemnización si se dan los presupuestos necesarios para ello. En cualquier caso, y siendo manifiesta su incidencia, obligado resulta contemplar la regulación del interesado en el baremo de tráfico, por lo que de ello nos ocuparemos más adelante.

2. - LA LEGITIMACIÓN ACTIVA ORDINARIA.

Con carácter general, para promover una acción encaminada a solicitar una indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, y de acuerdo a lo que ya se ha expuesto, tienen legitimación ordinaria y directa los que reclaman para sí, en virtud de una relación jurídica con el objeto de la reclamación. Ahora bien, como hemos visto, para la iniciación del correspondiente procedimiento será suficiente con que el solicitante afirme ser titular de un derecho; es decir, que actúe como tal, y ello,

³⁰⁵ En relación a los problemas de legitimación activa en el ámbito sanitario, como veremos en el presente capítulo, se revela un hecho inaudito; y es que, ya no sólo se hace uso del sistema de baremos de tráfico para la valoración del daño sanitario, sino que ante el vacío normativo con respecto a los legitimados para reclamar, se intenta extraer de las Tablas de perjudicados que recoge dicho sistema, también un catálogo de legitimados para el daño sanitario, o por lo menos ciertas reglas para determinar tal legitimación. Con ello se evidencia, una vez más, la patente necesidad de disponer de un régimen reglado que no existe en esta materia, forzando la aplicación de un sistema que es ajeno a este ámbito para cubrir tal carencia.

sin perjuicio de que tras la sustanciación del procedimiento se resuelva desestimatoriamente, al determinar que no goza de la titularidad que ostentaba en el momento de la solicitud (bien porque resulta ser otra persona o bien porque carezca de un derecho subjetivo a la indemnización que reclama). Ello implica la admisión de la acción planteada, debiendo entrar en el fondo, aunque se dé la circunstancia de que el que se presentaba como interesado no sea realmente titular del derecho afectado.³⁰⁶

Cabe hablar, por tanto, de legitimación para reclamar o iniciar el procedimiento (*legitimación ad procesum*) -que como se ha descrito, se trata realmente de una “legitimación supuesta” pendiente de su valoración-; y por otro lado de una legitimación para ser indemnizado (*legitimación ad causam* o material), cuya comprobación requiere conocer el fondo de la acción planteada.

A su vez, dentro de esta legitimación ordinaria, se dan diversos supuestos que permiten realizar la siguiente clasificación:

2.1.- LEGITIMACIÓN ORDINARIA ORIGINARIA POR DAÑOS DIRECTOS E INDIRECTOS: ESPECIAL MENCIÓN A LA RECLAMACIÓN POR DAÑOS MORALES POR EL FALLECIMIENTO DE OTRO

Ostenta legitimación ordinaria originaria quien actúa como interesado, es decir cuando es el propio reclamante quien sostiene que ha sufrido una lesión efectiva y antijurídica, coincidiendo por tanto su condición de perjudicado y reclamante. La lesión a su vez puede consistir en un daño directo (sufrido por uno mismo) o bien indirecto (sufrido por un tercero, pero que “de rebote” le perjudica).

2.1.1.- LEGITIMACIÓN ORIGINARIA POR DAÑOS DIRECTOS

Se encuadran aquí los daños morales sufridos en primera persona como consecuencia de la asistencia sanitaria dispensada a uno mismo; por lo que la legitimación no suele presentar problema, dada la condición de perjudicado directo del

³⁰⁶ En este sentido se pronuncia el TS en sentencia de 9 de Febrero de 1999 (Rj 1999/1878), al señalar: “Para que en el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración pueda considerarse concurrente la condición de legitimado no es menester acreditar la plena titularidad del bien o interés dañado, sino que basta, por lo general, con la afirmación o inicial justificación de la condición de perjudicado, sin perjuicio de que la titularidad de los bienes respecto de los cuales se acreditan dichos daños o perjuicios pueda ser objeto de alegación y prueba plena en relación con el fondo del asunto (Sentencia, entre otras, de 18 de octubre de 1998 (Rj 1988/7852))”.

que reclama. Sería éste el caso del paciente que reclama los daños morales sufridos por falta de información ante una intervención, o por la pérdida de oportunidad derivada de una demora en el tratamiento de una patología que padece.

2.1.2.- LEGITIMACIÓN ORIGINARIA POR DAÑOS INDIRECTOS:

Son los casos en los que reclama un tercero, solicitando para sí una indemnización por los daños morales que las lesiones o el fallecimiento de otra persona le han ocasionado, en virtud de una relación afectiva o de dependencia económica con el paciente fallecido (los daños también llamados “por rebote”).³⁰⁷ Contrariamente a los daños directos, esta categoría sí constituye fuente de discusión y controversia, siendo, también aquí, la jurisprudencia la que nos muestra las soluciones que se han ido dando en cada momento, a falta de regulación normativa aplicable. En este tipo de daños, un tercero adquiere la legitimación de forma indirecta, al margen de los perjuicios sufridos en primera persona por la víctima principal; tratándose por tanto de supuestos en los que concurre un legitimado directo con uno o varios legitimados indirectos (cada uno respecto a distintos perjuicios en relación a los mismos hechos causantes).

Como decimos, y en el contexto de la asistencia sanitaria, hay que distinguir, a su vez, los que se derivan de una lesión física de los que devienen del fallecimiento del paciente.

A) Por daños derivados de lesiones físicas

En lo que respecta a los daños corporales sufridos por un paciente que está vivo (y que por tanto puede reclamar por ellos, directamente o a través de algún representante), la problemática se centra en determinar la relación causal entre dichos daños y el perjuicio colateral que ello acarrea a un tercero. Son muchos los casos en los que, además del paciente reclama su pareja y/o sus hijos, sin concretar –quizás por darlo por sentado- los concretos perjuicios sufridos por ellos. En estos casos, no es habitual el reconocimiento de una indemnización al tercero afectado, salvo que se trate de un supuesto muy claro a ojos del juzgador (manifiesto) o bien que resulte debidamente acreditado. En este sentido -sin perjuicio de la casuística que recogeremos en el capítulo siguiente-, los Tribunales vienen reconociendo la legitimación de los familiares en los siguientes supuestos:

³⁰⁷ VICENTE DOMINGO, E. (1994). Pág. 211.

- Los perjuicios morales a familiares por alteración sustancial en la vida: A este respecto, los Tribunales han establecido como criterio para que un tercero pueda reclamar por el daño moral derivado de las lesiones de otra persona, que las mismas sean graves para la víctima y que tal sea la entidad, que origine un daño moral “de rebote” a sus parientes allegados; esto es, a las personas que tengan un vínculo de afección muy estrecho con el paciente (lo que determina que sean conocidos como “daños de afección”). Se establece pues un doble presupuesto: objetivo en cuanto a la gravedad de las lesiones principales y subjetivo en cuanto a la condición de familiar o allegado conviviente (bien en el momento de los hechos o bien como consecuencia de la lesión para poder atender al paciente). Pudiendo ser varios los familiares que estén en dicha circunstancia, la legitimación activa podría ser plural, correspondiendo a los Tribunales la determinación de la cuantía indemnizatoria de cada uno, en función del grado de alteración de su vida.

El reconocimiento del daño moral a terceros, en este punto, va a venir condicionado por una perturbación “sustancial” en su vida y convivencia a causa de ese daño originario del paciente, de manera que no se trata de valorar el sufrimiento de ver padecer a la víctima, sino de los cambios que conlleva la situación derivada de los cuidados y atención continuada requerida por el enfermo.³⁰⁸ Este concepto es uno de los que se extrae del baremo previsto para tráfico, en lo atinente a los llamados “perjuicios morales a familiares”, que es habitualmente aplicado por los Tribunales para apreciar si resulta procedente indemnizar o no por este perjuicio³⁰⁹. Se trata de un partida indemnizatoria independiente de la “ayuda de tercera persona”, que corresponde al propio perjudicado y tiene como fin indemnizar el perjuicio patrimonial que supone el tener que pagar a una persona para que le ayude (lo que implica que no se reconozca si el paciente está ingresado en un centro especial en el que es atendido).

³⁰⁸ MARTIN DEL PESO, R. (2013). Pág. 343.

³⁰⁹ En dicho baremo se trata realmente de un “factor de corrección” destinado a los familiares próximos que se aplica en el caso de que la víctima obtenga la calificación de “gran inválido” por estar afectado por incapacidades determinantes de ese grado. Se trata de algo excepcional, pues constituye una salvedad en cuanto a la no indemnizabilidad de daños morales a personas distintas del perjudicado que no ha fallecido. En materia de tráfico, este factor no es extensible a lesionados con incapacidad permanente no constitutiva de gran invalidez; si bien de forma excepcional sí se ha reconocido en incapacidades que conlleven una alteración sustancial de la vida y la convivencia. En materia sanitaria, en la STS 1326/2010, de 22 de Diciembre, se desestiman tales daños, por no entender acreditado que las secuelas del paciente, pese a su gravedad (graves lesiones hepáticas ocasionadas a raíz de una intervención, que pueden suponer la necesidad de un trasplante hepático), exijan unos cuidados continuados que supongan para sus familiares una sustancial alteración de tales aspectos de la vida.

Curiosamente, los Tribunales en ocasiones han reconocido esta partida indemnizatoria sin haberlo solicitado los terceros legitimados para ello (los familiares o allegados directos y convivientes), entendiendo suficiente la legitimación del perjudicado directo que ejerce la acción para otorgar indemnización por tal concepto. Es el caso de un joven de 22 años que con motivo de un accidente de tráfico es ingresado en un hospital de Menorca y dado que no mejora de la lesión sufrida en la pierna izquierda, y carecen de cirujano vascular en dicho centro, se inicia protocolo de traslado aéreo a Palma de Mallorca para su valoración urgente. Sin conseguir allí tampoco su mejoría, finalmente ha de amputársele la pierna, complicándose también por infección una herida del antebrazo izquierdo; por lo cual, la familia decide el traslado a una clínica privada en Barcelona. El Tribunal aprecia que hubo déficit en la asistencia médica y en el transporte, entendiendo que el retraso ocasionó el mal desenlace. A la hora de fijar las cuantías y teniendo por acreditada la afectación familiar (en virtud del informe pericial aportado) se indemniza por “perjuicios morales a familiares” y en atención a la edad del enfermo, el carácter permanente de la lesión, “el calvario médico asistencial y el no menos calvario administrativo y judicial para obtener una compensación justa” se estima una indemnización del 75% de la que fija el baremo de tráfico aplicable.³¹⁰ En casos como éste, el Tribunal realmente presume la legitimación de los familiares, aplicando una cantidad sin valorar quiénes son tales personas y su afectación; dando por probados por su evidencia daños que, a veces, no se han reclamado. No obstante, tratándose de una partida destinada a indemnizar daños a terceros (familiares afectados en su vida), a nuestro juicio lo más correcto es que su solicitud la formulen dichos terceros, denegándose en caso de que no sean ellos quienes lo hagan³¹¹.

Junto a dichos perjuicios inherentes a la alteración sustancial en su vida, los Tribunales han reconocido también legitimación “de rebote” a los familiares con respecto a otros perjuicios morales:

- El impacto emocional: Como ejemplo, cabe citar el caso que recoge la STSJ 191/2014, de 11 de Marzo de 2014, en el que tanto el paciente como sus familiares reclaman por el diagnóstico erróneo de un adenocarcinoma, resultando probado el retraso en iniciar el debido tratamiento, lo que provoca el avance sin control de la enfermedad. Entendiendo el Tribunal que ello ocasionó el consiguiente impacto

³¹⁰ STSJ Baleares 370/2012, de 16 de Mayo de 2012.

³¹¹ Como ejemplo, STSJ 320/2016, de 24 de Junio de 2016.

emocional ante las escasas o nulas posibilidades de curación tanto al paciente como a su familia, declara una indemnización de 50.000€ para el paciente recurrente por todos los conceptos (materiales y morales) y otra de 9.000€ por los perjuicios morales padecidos por sus tres hijos.

- Otros daños colaterales: la pérdida de la facultad de concebir por las lesiones de la paciente (de la que es pareja). Este es el supuesto que recoge la STSJM 134/2015, de 19 de Febrero de 2015, en el que reclama conjuntamente una pareja de hecho (con convivencia estable desde 2006, según narran). Por retraso en las pruebas correspondientes para el diagnóstico y clasificación de un carcinoma de mama padecido por la mujer (en concreto una mamografía), no sólo se reconoce a ésta la pérdida de oportunidad consistente en que un diagnóstico más temprano pudo haber evitado los tratamientos de quimioterapia y radioterapia (con las consiguientes secuelas de deterioro en los órganos vitales); sino que además resulta indemnizable para su pareja (también reclamante) la pérdida de la posibilidad de concebir como consecuencia del devenir de aquella enfermedad. De tal manera, que el Tribunal fija una indemnización de 50.000€ para la paciente (perjudicada directa) y 10.000€ para la pareja (perjudicado indirecto).
- Igualmente, podría encuadrarse en estos casos el llamado “prejudice sexual” (daño a la vida sexual), respecto a la pareja del perjudicado³¹², o bien el “wrongful life” (supuesto que estudiamos en el capítulo siguiente), en el que coexisten las lesiones del niño con los daños “de rebote” que supone para los padres.³¹³

-Especial referencia a la legitimación de los progenitores con respecto a los daños ocasionados a los hijos menores

Con respecto a los menores de edad, los padres ostentan una doble legitimación: por un lado, como perjudicados por el daño moral sufrido ante el padecimiento de su hijo y por otro, por su carácter de representantes legales en ejercicio de la patria potestad con respecto a los intereses del menor.³¹⁴

³¹² Vid. STS 9 de Febrero de 1988.

³¹³ VICENTE DOMINGO, E. (1994). Pág. 231.

³¹⁴ Así, lo recoge el Dictamen 207/12, de 11 de Abril de 2012, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid: “Los reclamantes están legitimados activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial al amparo del art. 139 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, por ser los progenitores de la menor directamente afectada por los daños supuestamente ocasionados por la asistencia sanitaria. También están legitimados para reclamar en nombre de su hija menor de edad en su condición de representantes legales de la misma. La relación de parentesco ha quedado debidamente acreditada mediante la presentación del título de familia numerosa”.

Supuesto especialmente relevante es el caso de las acciones de *wrongful birth*, en el que los padres ejercitan la acción en nombre y derecho propio y, además, en representación legal de su hijo al nacer con una deformación con la que han de convivir, con los consiguientes daños morales y patrimoniales que supone para ellos y para su hijo. Es el caso que recoge, entre otros, la STSJ ASTURIAS 1076/2013, de 7 de Octubre de 2013, relativa a la reclamación por no haber detectado el Centro de Salud en la ecografía morfológica realizada en la 20ª semana de embarazo una "hemimelia transversa distal del tercio medio del antebrazo izquierdo, con ausencia de mano (*acheiria*)"; es decir, por no diagnosticar una malformación diagnosticable, y no informar por ende a los recurrentes de su existencia, privándoles de decidir o no continuar con el embarazo antes de que transcurriera el plazo legal límite, obligando a los progenitores, una vez nacido el hijo, a soportar los daños morales y patrimoniales asociados a su discapacidad. En éste como en otros supuestos similares, se reconoce de forma expresa el interés de los recurrentes en la doble condición en la que ejercitan la acción (como representantes legales del hijo en cuanto a sus daños y en nombre propio por la privación del derecho a decidir, unido a los daños derivados del nacimiento); si bien, finalmente se rechaza el daño del hijo, considerando cuestionable desde el punto de vista natural y legal que su nacimiento sea un mal en sí mismo, como analizaremos en el capítulo referido a esta manifestación del daño moral.³¹⁵ De acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria, no se reconoce pues legitimación al hijo para reclamar, pues ello implicaría admitir el nacimiento en sí mismo como un daño, lo que es rechazado por nuestros Tribunales que no acceden a las acciones de "*wrongful life*".³¹⁶

B) Por Daños derivados del fallecimiento: la delimitación de la condición de perjudicado.

Con respecto a la legitimación activa ante un fallecimiento, la doctrina y los criterios jurisprudenciales se han movido entre dos posturas contrapuestas: la que considera que son interesados aquellas personas que ostentan la condición de heredero (*iure hereditario*), y en sentido opuesto, la que sostiene que los beneficiarios lo son por derecho propio (*iure proprio*), al ser perjudicados en virtud de un especial vínculo con

³¹⁵ Vid. el Dictamen Consejo Consultivo Comunidad de Madrid 205/2014, de 21 de Mayo de 2014.

³¹⁶ El TS, en sentencias como la de STS de 6 de Julio de 2007 de la Sala 1ª ha llegado a afirmar que se trata de "*una situación que afecta exclusivamente a los padres*", y ello por cuanto no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo (STS 5 de Junio de 1998). Y en el mismo sentido STS 23 de Noviembre de 2007.

el fallecido y no por ser sucesores. Se trata de una vieja problemática que ha suscitado un sinfín de discusiones, y que parece haberse inclinado por dar un mayor peso al criterio del resarcimiento de los familiares perjudicados a título propio; significándose que tal postura se ajusta mejor “*al norte de la justicia resarcitoria*” al permitir, de un lado, compensar perjuicios soportados por quienes no son herederos y, al mismo tiempo, evitar reconocer una indemnización a herederos que no sufren perjuicios por la muerte de la víctima, como ocurre con quienes no están ligados afectivamente con ella o incluso con el Estado (cuando se convierte en heredero por falta de parientes)³¹⁷.

Así pues, y si bien sigue invocándose en algunos casos el carácter transmisible del daño que genera la muerte propia -lo que revisaremos más adelante al hablar de la legitimación derivada-, actualmente, goza de mayor aceptación el criterio de considerarlo un derecho ejercitable *ex iure proprio* (en calidad de perjudicado y no de heredero); es decir, no por el hecho del fallecimiento en sí mismo que sufre directamente el difunto, sino por los propios perjuicios que ello ocasiona al que pierde a esa persona. Este criterio determina, por tanto, que sea tal relación sentimental o de dependencia de la que devienen esos daños la que debe ser probada y no la condición de causahabiente³¹⁸; siendo ésta, precisamente, la mayor dificultad que se presenta en la acción *iure proprio* derivada de un fallecimiento: la delimitación de las personas que están legitimadas para ello.

En una primera línea jurisprudencial, la legitimación parecía quedar subordinada a la existencia de una obligación alimenticia entre el fallecido y el que se consideraba perjudicado; si bien, una evolución posterior desplaza el punto de mira hacia la calidad e intensidad del vínculo afectivo, ensanchándose con ello el círculo en el que pueden desenvolverse las relaciones personales.³¹⁹ De esta forma, y a los efectos de poder solicitar una indemnización por los daños morales ocasionados por el fallecimiento de una persona, el Tribunal Supremo señala que ostentará legitimación, quien, con motivo de estar ligado a la víctima por vínculos próximos de familia, afecto, relaciones de convivencia real, dependencia económica u otras situaciones de recíproca

³¹⁷ En este sentido, y aunque no se trata de ningún caso de negligencia sanitaria, se pronuncia la STSJ Galicia, Sala Contencioso-Administrativo, de 2 de Octubre de 2013, al recoger el estado de la cuestión sobre los derechos que genera el fallecimiento.

³¹⁸ Los daños morales de los familiares son daños indirectos o por rebote que se caracterizan “*tanto por surgir con ocasión de un daño ajeno, como por sufrirlo única y exclusivamente otra persona distinta de aquella, con la que se tienen unos vínculos estrechos y actuales. Por su origen, es un daño causalmente dependiente del daño inicial, con las importantes consecuencias prácticas en el terreno de la prueba y de las excepciones que ello implica. Sin embargo, es independiente en su certeza y realidad*”. VICENTE DOMINGO, E. (2006). Pág. 305.

³¹⁹ GARCIA LOPEZ, R. (1990). Pág. 252.

asistencia y amparo, sufra perjuicios reales y efectivos directamente ocasionados por la muerte.³²⁰

Al tratarse por tanto de un daño moral sufrido en los sentimientos, se hace necesario poner límite a la condición de legitimado, pues los vínculos de parentesco, afecto y amistad que unen a las personas tienden a extenderse a un grupo -mayor o menor-, de manera que un fallecimiento suele ocasionar dolor a un buen número de individuos, sin que todos esos supuestos sean merecedores de una indemnización, ya que no todo sufrimiento puede ser jurídicamente relevante. A este respecto, rige un criterio de “concentración” de la protección resarcitoria, de manera que sólo tendrán derecho a indemnización los más cercanos³²¹. Pero esta delimitación de allegado sigue siendo demasiado amplia cuando son varios los que concurren a tal condición, por lo que es obligado establecer un orden de preferencia excluyente, siguiendo un orden lógico de afinidad con el fallecido, de manera que sean los más inmediatos los que reciban la indemnización con exclusión de los demás, primando de forma natural a quienes hayan sufrido de forma más palmaria y directa. Esta pauta resulta ineludible, pues de no seguir esta prevalencia, quebraría de forma estridente el principio general de resarcimiento de este tipo de daños, al tener que repartir el *quantum* indemnizatorio entre un sinnúmero de personas dolidas cualquiera que fuese su grado de sufrimiento.³²²

En el caso de los parientes, ante la ausencia de una regulación normativa, la determinación ha sido variable en la doctrina y la jurisprudencia, utilizándose por el Tribunal Supremo en algunos casos la expresión “parientes más allegados”; término impreciso que ocasiona indeterminación a la hora de individualizar la legitimación de los interesados. En un intento de acotar tal expresión, GARCIA LOPEZ extrae del análisis de la jurisprudencia la existencia del siguiente orden de preferencia:³²³

1. Los miembros de la familia nuclear (es decir la formada por cónyuge o pareja de hecho y los hijos, e incluso en ocasiones los abuelos y nietos que conviven en esa familia). En estos casos, el daño moral consistente en el dolor, la aflicción y el pesar por el fallecimiento se presume, y por tanto no se requiere

³²⁰ Vid. STS, Sala de lo Civil, de 4 de Noviembre de 1999.

³²¹ Criterio técnico de concentración selectiva, hondamente arraigado, que carece de sentido en la sociedad actual. MEDINA CRESPO (2011). Pág. 33.

³²² La STS (Sala 1ª) de 23 de Diciembre de 1985 señala así que no queda más remedio que establecer tal orden de preferencia de una forma excluyente, a fin de que ante una pluralidad de familiares sean los más inmediatos los que reciban la indemnización, anteponiendo como es natural a quien haya sufrido de forma más directa y palmaria el detrimento sufrido por la desaparición de la persona por depender de ella o bien por causa de la vinculación o vida en común.

³²³ GARCIA LOPEZ, R (1990). Pág. 80.

su prueba; *presunción iuris tantum* que habrá de destruirse en aquellos supuestos en los que pueda desacreditarse verazmente que se ha producido el daño presumido.³²⁴

2. Para el resto de los parientes no existe tal presunción, requiriéndose la acreditación de alguna de las siguientes circunstancias para establecer su legitimación: que formen parte de hecho de la familia nuclear por convivir con ella, siendo miembro de la misma; o bien que, aunque no se forma parte de ese núcleo, se demuestren fuertes y especiales vínculos afectivos, asimilándose a los que normalmente se dan entre los miembros de la familia nuclear.

Hasta ahora, se ha venido entendiendo por familia un concepto estricto restringido y actual, en el que si bien cobra relevancia el vínculo conyugal o análogo afectivo y la descendencia, ello no implica que hayan de quedar fuera ascendientes, hermanos u otros colaterales siempre que se acredite la realidad del perjuicio que sufren; estableciéndose dentro de ese círculo, a su vez, un orden de preferencia o jerarquía, sin perjuicio de que puedan darse casos de compatibilidad de indemnizaciones entre varios de los miembros.³²⁵ De esta forma, la jurisprudencia ha atribuido la legitimación de los daños morales derivados del fallecimiento de una persona, en primer lugar al viudo o viuda junto con los hijos del fallecido, y en segundo término a sus padres si la víctima está soltera³²⁶; presumiendo así la existencia de un daño moral derivado de la muerte que afecta a los familiares del fallecido, y que por ello están legitimados en el orden indicado para exigir su indemnización, cuando exista la imprescindible relación de causalidad entre el mismo y la actuación lesiva.³²⁷

Interesante resulta el caso de la STSJ Baleares núm. 387/2015, de 9 de Junio de 2015, relativa a un caso en el que la mujer se suicida arrojándose por la ventana de un hospital. Probada la desatención de su cónyuge hacia el hijo de ambos, menor de edad, el Tribunal entiende que “*dicha situación se asemeja a la inexistencia del progenitor*”, pues ante una situación tan delicada, el padre de forma consciente y

³²⁴ En este sentido, la STS (Sala 2ª) de 15 de Abril de 1988 concede indemnización a los nietos porque “*con convivencia o sin ella, se presume el dolor, la aflicción y el pesar causados por el fallecimiento violento de la abuela*”, aunque en este caso los nietos eran los parientes más cercanos a la difunta.

³²⁵ GAZQUEZ SERRANO, L. (2014). Pág. 40.

³²⁶ Así, por ejemplo, la STS (Sala 2ª) de 2 de julio de 1979 negó a los padres de la persona muerta, por concurrir con su viuda, el derecho a cobrar una indemnización por daño moral; y la STS (Sala 1ª) de 14 de diciembre de 1996 resume esta jurisprudencia y en el caso concreto concede la indemnización a los padres, a pesar de estar privados por falta de la atención precisa de la guarda de la menor –y por tanto no casada- fallecida, por considerar probado que habían padecido “sufrimiento moral”.

³²⁷ Por el contrario, hay autores que sostienen que la mera existencia de un parentesco no supone por sí misma la existencia de un perjuicio moral por la muerte de un familiar. LAMA AYMÁ, A. (2010). Pág. 7.

deliberada se desentiende del hijo. En consecuencia, se indemniza según baremo de tráfico por “víctima sin cónyuge y con hijo menor”, asimilando la situación a la inexistencia de cónyuge (el Tribunal rebaja la indemnización, no obstante, al entender que la víctima engañó a la doctora, ocultándole el propósito de quitarse la vida, lo que hacía difícil prever el hecho; circunstancias que entiende han de moderar la indemnización).

Dicho lo anterior, a nuestro juicio, resulta conveniente detenernos en los siguientes supuestos:

a) **Legitimación del padre o la madre:** Con respecto a la legitimación del padre o la madre, cuando vive el cónyuge y los hijos del paciente fallecido, los Tribunales se han pronunciado en diversas ocasiones sobre ello, señalando que para apreciar la existencia del daño es necesario contar con algún indicio acerca de las relaciones personales de la víctima y la reclamante, el tiempo de convivencia y, por supuesto, conocer si existen otras personas unidas con vínculos más estrechos, puesto que *“no es razonable extender desmesuradamente el número de perjudicados”*³²⁸. Por lo tanto, si bien no es cuestionable que el acaecimiento de una muerte sea susceptible de generar un dolor aflictivo en múltiples personas (y por supuesto en aquellas ligadas afectivamente a la víctima), para que origine un daño moral resarcible económicamente se requiere que dicho dolor disponga de una especial intensidad o alcance, como consecuencia de una vinculación afectiva acentuada.³²⁹ De manera que, si bien es indudable el dolor que puede padecer un padre o madre por el fallecimiento de su hijo/a, tal dolor no es siempre equiparable a daño resarcible, al ceder frente a otros legitimados que se entienden prioritarios.

Por otro lado, y cuando se da la circunstancia de que sólo esté vivo uno de los progenitores, tanto el TS como los Tribunales territoriales vienen concediendo el 50% de la indemnización establecida en el baremo, en base al criterio individualista que rige respecto a las víctimas del fallecimiento de un pariente que recoge también el baremo de tráfico. Al igual que se actúa en los casos de

³²⁸ Vid. STSJ Madrid de 10 de Diciembre de 2009.

³²⁹ Tal y como argumenta la STSJ Madrid, Sección 10ª nº 135/2014, de 14 de Febrero de 2014: *“El baremo contenido en la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor no es ajeno a la precedente consideración. La indemnización por muerte a favor de ascendientes sólo está prevista cuando la víctima sólo tenga dichos familiares, es decir, no disponga ni de cónyuge ni de descendientes. Por lo tanto, no teniéndose conocimiento por esta Sala de que el padre conviviera con la hija fallecida ni de que dependiera de él económicamente, debemos entender que el concepto de perjudicado sólo puede atribuirse al esposo e hijos de la fallecida”*.

separación o divorcio de los padres, entendiendo que la indemnización establecida en el baremo es conjunta para ambos progenitores.

- b) **Legitimación de los hermanos:** En cuanto a los hermanos, y si bien el baremo de accidentes de tráfico no constituye un sistema de legitimación cerrado, y menos aún en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, en algún caso, de forma sorprendente, los Tribunales se apoyan en el mismo para motivar la denegación de indemnización por los daños sufridos por un hermano.³³⁰ Por su parte, el Tribunal Supremo (entre otras en la STS de 4 de julio de 2005) ha reconocido su derecho a la indemnización: *“en defecto de otros familiares más cercanos, pues el vínculo de la común filiación, salvo en los casos en que se prueba un distanciamiento o rotura de la cohesión familiar, explica y justifica el dolor moral que genera la indemnización, dado que los hermanos están dentro de un orden natural de afectos”*.

Aunque, en otros casos, si bien no se duda que el fallecimiento de un hermano conlleve un natural pesar, se pone de manifiesto que los efectos que para el ser humano comporta el amor fraterno no pueden confundirse con los daños morales; pues si bien los primeros carecen de consecuencias jurídicas sí que pueden tenerlas los segundos, requiriendo para ello que se haya acreditado su existencia y la entidad suficiente para producirlas. Pero, ¿cómo medir el amor fraterno? ¿Dónde está el límite para que pueda ser considerado daño moral el dolor provocado en tal sentimiento por la muerte de un hermano?³³¹ En un intento de realizar tal delimitación, en numerosas sentencias los Tribunales han negado la indemnización de los hermanos en aquellos supuestos en los que entienden que no se probó la existencia de una vinculación afectiva entre ellos, ni situación de dependencia económica; supeditando por tanto su legitimación a que el fallecimiento ocasione además pérdida de la convivencia, de la dependencia

³³⁰ Tal es el caso que contempla la STSJM, Sala Contencioso-Administrativo, Sección 10ª, de 21 de Mayo de 2014 cuando señala: *“El resto (150.000€) se abonará a los padres, por partes iguales, sin que corresponda por derecho propio cuantía alguna a los restantes hijos menores del matrimonio, hermanos de la afectada, que no recoge tampoco el citado baremo orientativo, salvo que no vivan los progenitores”*. Y en el mismo sentido se pronuncia el Dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja 50/13, de 19 de Septiembre de 2013, que exige el reclamante que acredite la existencia de un daño moral “apreciable” o “de entidad suficiente” derivado de la muerte de su hermano, desestimando la reclamación por no considerar acreditados tales daños morales. Por el contrario, la misma Sección del mismo Tribunal antes citado, en otras sentencias como la STSJM de 14 de Abril de 2014, acepta la legitimación de la hermana de la fallecida junto a la madre, por el mero hecho de su parentesco y haber reclamado previamente en vía administrativa (el padre queda fuera al accionar en vía previa cuando ya había prescrito el plazo).

³³¹ Vid. Dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja 50/13, de 19 de Septiembre de 2013, citado en nota anterior.

económica u otros supuestos de parecida entidad, desentendimiento de obligaciones familiares, rotura de esos vínculos, u otras causas parecidas.³³²

Interesante resulta la solución dada por el Consejo Consultivo de La Rioja en su Dictamen 48/01, de 22 de Octubre de 2001 con respecto a la reclamación de los padres y hermanos por los daños morales de su hija y hermana fallecida. El Consejo considera sólo como legitimados para percibir una indemnización a los padres y a los hermanos que convivían con la fallecida, negando por tanto tal condición al hermano que no cohabitaba, en atención al “orden natural de los sentimientos”, según lo cual se entiende probable que sea mayor el daño en los padres que en los hermanos, y dentro de éstos menor dolor en el hermano que no convivía. Pues bien, con respecto a los legitimados que reconoce (padres y hermanos convivientes, es decir, familia nuclear), entiende que si bien concurre un daño moral, este no es individualizado para cada uno de los miembros del grupo, sino con respecto a ese grupo familiar, al carecer de datos para cuantificar con exactitud el daño sufrido por cada uno, por lo que en su virtud reconoce una indemnización conjunta e igualmente indivisible para todos.³³³

En el caso de que el hermano sea tutor de un incapacitado, en ausencia de padres, la STSJM 379/2015, de 28 de Mayo de 2015, en la valoración del daño moral ocasionado por el fallecimiento de la persona discapacitada, con orientación en el baremo de accidentes de tráfico cifra la indemnización en 75.000€ (teniendo en cuenta la concurrencia de la fallecida con tres hermanas mayores de 25 años, siendo que una de ellas, tutora de la finada y a quien tenía a su cargo, no puede ser asimilada, como pretenden las reclamantes, a la situación establecida en el baremo de víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes, es decir, con el padre). El Tribunal argumenta que la figura de la tutela no alcanza dicha consideración respecto a la hermana, si bien en virtud de la convivencia y cuidados prestados en

³³²Vid. STS 12 de Febrero de 2008.

³³³ Señala así el Dictamen 48/01, de 22 de Octubre de 2001 del Consejo Consultivo de la Rioja: “(...) no hay datos para cuantificar exactamente el daño moral sufrido por cada uno de los reclamantes, como tampoco para negárselo o por completo a alguno o alguno de ellos. Por eso nos parece que aquí hay, sin duda, un daño efectivo y –pese a las dificultades que derivan de la naturaleza de los de índole moral – evaluable económicamente; pero que el requisito de que esté “individualizado” no concurre respecto de cada una de las personas que reclaman, sino en relación con el grupo familiar formado por los padres y los cuatro hermanos. En todos ellos debe reconocerse la presencia del daño moral, pero, al no poder cuantificar con una mínima precisión el sufrido por cada uno, el derecho a ser indemnizados ha de atribuirse a todos conjuntamente. De este modo, en definitiva ha de conceptuarse el daño moral como indivisible, y como única e indivisible también la obligación de repararlo que pesa sobre la Administración y el correlativo derecho de crédito que corresponde al conjunto de los reclamantes, sin perjuicio, naturalmente, de la evidente divisibilidad de la indemnización que perciban, cuyo eventual reparto ha de quedar diferido a un ulterior acuerdo de los interesados, en todo caso ajeno a las potestades resolutorias que puede ejercer la Administración en los expedientes de responsabilidad patrimonial”.

su caso a la hermana fallecida, merece una mayor valoración del perjuicio padecido, respecto al daño reclamado por las otras dos hermanas.

c) **Legitimación de las personas con falta de conciencia por capacidades**

minoradas: En cuanto al daño moral en personas con falta de conciencia por capacidades físicas minoradas, aunque referida a daños por accidente de tráfico, resulta interesante el estudio de la STS de 1 de Abril de 2009³³⁴, por cuanto introduce una modificación al hacer depender de la condición de perjudicado la existencia de un efectivo daño moral y no de la mera condición de familiar³³⁵. En esta sentencia, la madre (responsable penal del accidente del vehículo que conducía y en el que fallece su esposo y sus tres hijas), reclama la indemnización como heredera por los daños morales sufridos por una de sus hijas que, en estado de coma, sobrevivió 8 horas a su padre. La reclamante argumenta que, en aplicación de la LRCSVM, su hija tenía derecho a ser indemnizada como perjudicada por haber sobrevivido a su padre; derecho que habría adquirido por sucesión al morir su hija. El Tribunal Supremo, sin embargo, centra la cuestión a estudiar en si en esas 8 horas de supervivencia, la hija pudo realmente sufrir algún daño y considera que *“no resulta razonable ni lógico que en tan escaso tiempo la pérdida del progenitor supusiera para aquélla, en el estado de coma en que se encontraba, un menoscabo efectivo o real que dé lugar al deber de indemnizarlo”*. Se plantea así, si al estar la hija en estado de coma, era imposible que padeciera daño psicológico y afectivo alguno por el fallecimiento de su padre. A la vista de este caso, se plantea pues un doble presupuesto, el vínculo emocional entre el padre y la hija, y la conciencia del fallecimiento del primero que ocasiona el sufrimiento a indemnizar.

En este sentido, el hecho de tener una mayor o menor conciencia de la realidad o de la pérdida no siempre se considera de la misma forma por los Tribunales a la hora de valorar la existencia de un daño moral efectivo, lo que viene a poner de manifiesto que el criterio de la falta de conciencia para valorar la legitimidad ante el daño moral, sin duda, va a depender del caso concreto.³³⁶

³³⁴ De ella se hace un análisis pormenorizado en LAMA AYMÁ, A. (2010).

³³⁵ Este constituye un razonamiento sustancioso para las Aseguradoras de la responsabilidad civil de las Administraciones Sanitarias, pues podría llevarlas a intentar desvirtuar la presunción a favor de los allegados demostrando la inexistencia de un sufrimiento real.

³³⁶ Son igualmente de interés los supuestos de nacimiento con síndrome de Down u otras enfermedades que analizaremos en un capítulo posterior, y el daño en ancianos con demencia. Como veremos, en estos casos, no se cuestiona la mayor o menor capacidad natural de la persona, sino la consideración de la vida, sin que pueda ser calificado un daño en sí mismo. Al respecto, podemos citar, entre otras, la STS 23 de Noviembre de 2007.

En cuanto al estado de coma, la SAP de Pontevedra (Secc. 2º) de 13 de Marzo de 2006 niega que la falta de conciencia debida al estado de coma elimine la existencia de daños morales de forma contundente. Y, en este sentido, señala que la previsión indemnizatoria del baremo no puede depender del nivel de conciencia de la víctima *“porque sería tanto como hacer de peor condición precisamente a aquellas víctimas que hubieran sufrido las más graves lesiones, como los estados de coma vigil o vegetativos”*. Por otro lado, no parece que pueda descartarse en este tipo de enfermo la existencia de un padecimiento psíquico por su estado. Resulta ser, por tanto, una situación en la que se va a presuponer la existencia del daño moral doblemente: por el parentesco y por su capacidad.

No obstante, en el baremo de tráfico -como “rasero” del que se vienen sirviendo los Tribunales con asiduidad en materia sanitaria- se indemniza a todos los familiares enumerados en la tabla por igual, sin valorar cuánto ha sufrido cada uno y con independencia de su grado de conciencia de la pérdida afectiva; presumiendo en todos los parientes del mismo grado un mismo afecto que conlleva que la muerte del fallecido les haya generado un daño moral igual, lo que condiciona que a la hora de valorar el daño del perjudicado en cuestión no se entre a analizar el perjuicio realmente sufrido.³³⁷

- La repercusión de los nuevos tipos de perjudicado en el nuevo Baremo de Tráfico:

Como hemos referido, el sistema indemnizatorio de tráfico es utilizado de forma habitual por todos los operadores jurídicos como guía a la hora de fijar indemnizaciones. Pues bien, la nueva Ley 35/2015, de 22 de Septiembre de *“Reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios Causados a las Personas en Accidentes de Circulación”* ha dado un paso más al recoger su valor referencial en materia sanitaria, señalando en su Disposición Adicional 3ª que el sistema de valoración regulado en dicha Ley servirá como referencia para una futura regulación

³³⁷ Tal presunción, sin embargo, ha de ser considerada *iuris tantum*, de manera que el baremo no sea fuente de atribución automática de la condición de perjudicado por parentesco sino sólo el establecimiento de una presunción a favor de los familiares enumerados, que puede ser desvirtuada, pudiendo excluir de la condición de perjudicado a personas incluidas en el baremo (como tiene lugar por ejemplo en la STC 163/2001, de 11 de julio, que niega que la esposa separada de hecho durante más de 30 años pueda haber sufrido perjuicio efectivo), o bien incluir a otras personas que no lo están (por ejemplo, la STS de 17 de Diciembre de 2001, que equipara al padre de hecho como padre biológico, o con respecto a parejas de hecho u otros familiares con una especial e intensa relación). Así lo señalan MEDINA CRESPO, M. (2007) Pág. 281, YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001). Pág. 249.

del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria.

Realmente la utilización de un baremo por la Administración o los Tribunales, en nada debería afectar al régimen jurídico de la responsabilidad³³⁸, cuya regulación ha de ser la prevista en la escasa normativa vigente y su desarrollo doctrinal y jurisprudencial. En este sentido, la legitimación al igual que otros aspectos, creemos habría de ser valorada técnicamente en relación al caso concreto, sin sujeción a baremo alguno, ya sea de tráfico o a un futuro e hipotético baremo sanitario. En nuestra opinión, un baremo no debería presuponer ninguna legitimación, de la misma forma que tampoco debería conllevar por sí mismo una forma de determinación de responsabilidad por mala praxis. Sin embargo, la práctica nos muestra una realidad distinta, y a la hora de indemnizar los daños se tiene en consideración la regulación que del perjudicado se recoge en el baremo de tráfico con respecto a la indemnización que le corresponde a cada uno. Así pues, y siendo éste el estado de la cuestión en este momento, no podemos pasar por alto la incidencia que la nueva regulación del perjudicado por accidentes de tráfico tiene sobre la consideración del interesado por responsabilidad sanitaria.

Como hemos visto, hasta el momento ha regido un criterio de concentración y orden de preferencia a la hora de gozar del derecho a obtener una indemnización por fallecimiento de un familiar. De forma paralela, en materia de tráfico, también hasta ahora el baremo se configuraba en grupos separados y excluyentes entre sí (es decir, si una persona percibía una indemnización por el fallecimiento de un familiar; el resto podían quedar excluidos). Sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley 35/2015, de 22 de Septiembre de *“Reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios Causados a las Personas en Accidentes de Circulación”* se introducen grandes cambios en cuanto a la consideración del perjudicado, que sin duda tendrán repercusión en las sentencias que se dicten en materia de responsabilidad patrimonial.

Principal novedad es que en el nuevo baremo de tráfico se configuran los familiares en cinco apartados diferentes: cónyuge viudo, los ascendientes, los descendientes, los hermanos y los allegados; considerándose que las personas encuadradas en dichos grupos tienen el mismo derecho a percibir una indemnización con total independencia de que existan más perjudicados. Es decir, no rige ya el criterio de exclusión o

³³⁸ SANCHEZ FIERRO, J. (2014). Pág. 41.

preferencia. Además, expresamente el baremo otorga la condición de perjudicado a quien, de hecho y de forma continuada, ejerce las funciones de dichos familiares, por incumplimiento o inexistencia de aquél (es decir, el que sin ser padre ejerce como tal ante la pasividad del padre verdadero, o el hijo, o el hermano... tendrá la misma condición que si lo fuera realmente).

Junto a ello, otra importante novedad es la inclusión de una nueva categoría de perjudicado, en adaptación a la realidad social actual: los allegados; entendiendo por tal a la persona que hubiera convivido de manera efectiva con la víctima de una forma continuada durante los cinco años previos al accidente, y que además tuviera una especial relación afectiva con ella.

Con la nueva regulación en materia de tráfico, se abre, por tanto, el abanico de posibilidades para reclamar, ampliando la condición de perjudicado así como las indemnizaciones que le pudieran corresponder, lo que sin duda será empleado a la hora de reclamar por responsabilidad sanitaria. No obstante, el efecto que estas modificaciones puedan tener en las sentencias sobre responsabilidad patrimonial sanitaria está aún por ver... Primero, porque la nueva normativa aún está “en rodaje” y se desconoce cuales serán los criterios interpretativos que vayan a realizar los Tribunales, y en segundo lugar, porque realmente nos hallamos en un periodo transitorio, en el que conviven reclamaciones que serán resueltas bajo los criterios del antiguo baremo (las presentadas con anterioridad) y las que ya lo harán bajo el prisma del nuevo.³³⁹ Las sentencias dictadas en esta materia se refieren por lo general a hechos anteriores, por lo que aún es pronto para poder conocer cuáles serán los criterios de interpretación de los Tribunales.

2.2.-LEGITIMACIÓN ORDINARIA DERIVADA: ESPECIAL MENCIÓN A LA LEGITIMACIÓN MORTIS CAUSA

Es el supuesto de quien reclama para sí, afirmando ser el titular de un derecho, a pesar de no ser quien ha sufrido el daño ni directa ni indirectamente. El interesado ostenta un derecho que ha adquirido de otra persona por cualquier título, lo que le confiere una legitimación derivada de otro. Es el supuesto, por tanto, de las aseguradoras que reclaman en subrogación de sus asegurados, conforme con el art. 43 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro, si bien con respecto a éstas son los

³³⁹ Si bien los letrados se han apresurado a esgrimir su aplicación, los Tribunales han aclarado su carácter irroactivo, tal y como se explicará en el último capítulo.

daños materiales y económicos la principal causa de reclamación, y no tanto los daños morales³⁴⁰. También el caso de los herederos, pues de acuerdo con el art. 659 CC el crédito resarcitorio de quien ha sido dañado por la Administración se transmite a los herederos en caso de que fallezca, como cualquier otro derecho; lo que les legitima para formular la correspondiente reclamación administrativa y, en su caso, interponer recurso contencioso-administrativo.

Aunque este tipo de legitimación no plantea problemas en cuanto a los daños patrimoniales, distinto es en el caso de los daños morales, donde primero ha de plantearse si verdaderamente se generó algún derecho al fallecido y si de ser así, es transmisible; lo que nos lleva de nuevo a una cuestión de derecho material y no de legitimación formal.

En relación a los causahabientes, cuya legitimación deriva del hecho luctuoso, al igual que al tratar la legitimación ordinaria, la jurisprudencia viene distinguiendo entre los daños ocasionados por la propia muerte y los daños morales padecidos con anterioridad a ella.

2.2.1.- Los daños causados por la muerte: ¿Causa la muerte un daño moral al que la sufre?

En la doctrina las opiniones son dispares y discutidas, quedando en numerosas ocasiones “en tablas” la confrontación de los argumentos en uno u otro sentido, pues como apunta PANTALEÓN cuando la discusión entra en el campo puramente dogmático y conceptual “*todo es juego de palabras*”³⁴¹. Así, mientras que algunos autores entienden que la muerte no supone un daño (en sentido jurídico) para quien la sufre (por cuanto al extinguirse la personalidad del sujeto con la muerte, no puede generarse derecho alguno)³⁴²; otro sector de la doctrina sí considera la muerte como

³⁴⁰ Dentro de las disposiciones generales del seguro contra daños, el art. 43 de la Ley 50/1980, de 8 de Octubre establece que “*El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercer los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización*”. La Compañía Aseguradora puede por tanto, reclamar como interesado en vía administrativa y posteriormente ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Este es el caso, por ejemplo, de la SJCA nº 20 Madrid. 431/2014, de 21 de Octubre de 2014, sobre la reclamación de una conocida Compañía por los daños sufridos en un vehículo asegurado con ella y de los que se hace cargo la aseguradora, por colisionar contra una jardinera de un centro hospitalario público, que es desestimada al ocasionarse el choque tras realizar una maniobra prohibida.

³⁴¹ Así lo refleja PANTALEÓN PRIETO, F. (1983). Pág. 1581, que desdobra posturas divergentes e igual de razonadas, a través de la discusión que mantienen los juristas imaginarios Primus y Secundus.

³⁴² En este sentido, MEDINA CRESPO afirma que “*el que la sufre (la pérdida del bien de la vida) no sufre el perjuicio que le causa la muerte, ya que, desde que ésta se produce, él deja de ser y, por tanto, no ingresa en su patrimonio el derecho a ser resarcido por el perjuicio letal. La víctima sufre el daño de la*

fenómeno generador de un daño para quien lo padece, y susceptible por tanto de un derecho resarcitorio.

a) Tesis negativas:

La Jurisprudencia Civil, Penal y Contencioso-Administrativo coinciden en sostener que la muerte no constituye para el que la sufre un daño indemnizable, considerando que al no gozar de personalidad jurídica, una vez fallecido, no puede adquirir ya el derecho que le podría suponer tal hecho; por lo que, no generando derecho alguno para sí mismo, no hay nada transmisible al respecto³⁴³. Es decir, no existe legitimación de los causahabientes, porque realmente no hay derecho alguno que pueda serles transmitido.³⁴⁴

Otros autores sostienen igualmente que el fallecimiento no genera ningún derecho transmisible, pero no por la extinción de la personalidad civil, o el carácter inestimable de la vida, sino porque la muerte no es un daño para quien la sufre.³⁴⁵

La Sala de lo Civil del TS ha mantenido como postura uniforme admitir únicamente la legitimación *in iure proprio* de los perjudicados por el fallecimiento, negando por el contrario la legitimación *ex iure hereditario*; al entender que el fallecimiento por sí mismo no genera una integración patrimonial a favor del fallecido que pueda ser transmisible conforme al art. 659 y siguientes del Código Civil, pues sólo los vivos son capaces de adquirir derechos.³⁴⁶ Sentencia importante es la conocida STS de 17 de Febrero de 1956 que, si bien es ya antigua, sigue siendo de mayor actualidad en cuanto a la cuestión debatida, poniéndose de manifiesto por el mismo Tribunal las dudas con respecto a la transmisibilidad del daño moral causado a la propia víctima por su muerte. Con motivo de esa valoración, el Tribunal realiza la siguiente clasificación en función de los sujetos que los sufren:

muerte, consistente en la privación de la vida, pero el perjuicio de la muerte lo sufren otros" MEDINA CRESPO, M. (1999). Pág. 114.

³⁴³ El art. 32 del CC dispone que la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas.

³⁴⁴ En este sentido, la STS (Sala 1ª) núm. 246/2009, de 1 de abril de 2009, señala: "el derecho a la indemnización ligado al fallecimiento del progenitor nació a la vida del derecho con su muerte (sic), lo que impidió al padre incorporarlo a su patrimonio, y, por ende, que formara parte del caudal relicto del progenitor en la que sucedió la hija antes de morir ella, siendo, por esta misma razón, también imposible que el primitivo derecho se transmitiera mortis causa a la madre viuda".

³⁴⁵ PANTALEON PRIETO, F. (1983). Págs. 646-647.

³⁴⁶ Así se pronuncia, entre otras, la STS de 25 de Marzo de 2010, STS 1 de Abril de 2009, STS 4 de Mayo de 1983, 14 de Diciembre de 1996 y SAP Secc. 6ª 21 de Julio de 2009.

- En lo que respecta al fallecido: estarían los perjuicios de carácter patrimonial constituidos por “*los gastos de entierro y funeral, que constituyen cargas hereditarias, y, cuando no se trate de muerte instantánea, los de clínica y farmacia, impedimento para el trabajo, etc...*”; siendo estos daños patrimoniales transmisibles a los herederos. Y, por otro lado, el daño moral correspondiente al dolor psicofísico que la lesión mortal hace sufrir a la víctima, respecto al cual y dejando a un lado la dificultad de su compensación, la transmisibilidad de la acción para su reclamación sigue constituyendo un problema en la doctrina (sobre todo, en el supuesto de muerte instantánea).
- En relación a otras personas (en este caso “*los parientes más allegados de la víctima*”), se distingue entre los daños de carácter moral que les causa la muerte, al verse “*lesionados en sus afecciones más íntimas y legítimas*” (daños que se consideran “*indemnizables en dinero*”); y por otro lado, los daños materiales o económicos derivados de la privación de los recursos que el fallecido les podía proporcionar. Ambas clases de daños son indemnizables, sin necesidad de que se invoque ni justifique su condición de herederos (es decir, la acción para reclamar surge de un derecho propio).

En contra de la transmisibilidad se han planteado sustancialmente las siguientes objeciones:

1. La imposibilidad de valorar económicamente un bien tan importante como es la propia vida.
2. El carácter personalísimo del derecho violado (por cuanto, al ser un derecho de la personalidad es intransmisible y, por tanto, no puede ser objeto de herencia).
3. Con esa transmisión no se cumpliría la finalidad indemnizatoria, ni tampoco la función compensatoria, una vez admitido que en este tipo de daños es esa la finalidad de su indemnización, al no resarcir al perjudicado sino a sus herederos, lo que constituiría un enriquecimiento injusto para ellos y una sanción para el causante del daño. Esta objeción ha sido rebatida, no obstante, entendiendo que la satisfacción de la víctima puede encontrarse en el beneficio de que un tercero obtenga del ejercicio de un derecho indemnizatorio.

b) Tesis a favor:

Otros autores, por el contrario, sostienen la tesis de que la muerte es constitutiva de un daño moral resarcible a quien la sufre, en sentido material (porque supone un acortamiento de la vida respecto a lo que podía haber sido lo esperable en unas

circunstancias normales) y en sentido jurídico (porque al ser la vida un derecho que goza de la protección de nuestro Ordenamiento Jurídico, se entiende que han de otorgársele los mismos efectos reparadores que cuando se lesiona la integridad, intimidad, honor, etc).

Considera este sector de la doctrina que si bien el daño se produce con la muerte, este hecho pertenece a la vida, por lo que adquirido el derecho por la persona que fallece, es transmisible a sus sucesores al igual que el resto de sus bienes y derechos. Para el desarrollo de esta teoría, algunos autores ven la necesidad de distinguir entre los casos de fallecimiento inmediato, y en los que éste se produce con posterioridad al hecho lesivo. De manera que, si la muerte es instantánea, al entender que este hecho no forma parte ya de la vida, los detractores de la transmisibilidad niegan el nacimiento a favor del difunto del derecho a la reparación del daño moral que deriva de su propia muerte y, consecuentemente, la transmisibilidad de tal derecho a sus herederos, por lo que sólo generaría daños a los allegados del difunto.³⁴⁷

Por el contrario, en los casos en los que existe un intervalo de tiempo entre el hecho lesivo y la muerte, sí admiten entonces la legitimación *ex iure hereditario* de los sucesores del fallecido para reclamar los perjuicios patrimoniales y morales que éste hubiera podido sufrir a causa de las lesiones padecidas en dicho periodo. No estamos por tanto ante un daño moral por los perjuicios derivados de la muerte, sino ante daños patrimoniales y morales derivados de las lesiones que han llevado a la muerte a la víctima, es decir de los daños padecidos en vida antes de su fallecimiento, materializados como tales.³⁴⁸

Sin embargo, esta tesis carece del sostén científico y jurídico necesario, por lo que queda en meras reflexiones teóricas de quienes la plantean.

Otro argumento invocado a favor sería el cumplimiento de la función preventiva de la indemnización, dando prioridad al hecho de que el causante del daño pague el daño que ha generado (lo que incluiría la indemnización *iure hereditatis* -transmitida por el

³⁴⁷ En este sentido, PANTALEÓN PRIETO, F. (1983). Pág. 1578.

³⁴⁸ Contrario a este análisis condicionado al momento de la muerte, ALVAREZ VIGARAY, entiende injustificada tal distinción, por cuanto “*el carácter instantáneo o no de la muerte es una diferencia accidental que no justifica un diverso régimen jurídico*”, y con tal distinción sería mucho más ventajosa la situación de quien no fallece inmediatamente al hecho lesivo. ALVAREZ VIGARAY, R. (1966). Pág. 109. En este sentido, hay autores que sin creer necesaria tal distinción, centran su análisis en el momento en que el daño adquiere existencia efectiva, y siendo que el hecho ocurre siempre en vida del perjudicado (con independencia de que el daño se manifieste con posterioridad), y por tanto goza en ese momento de la capacidad jurídica necesaria para adquirir derechos, consideran transmisibles tales derechos.

perjudicado- y la correspondiente al daño moral de los allegados *in iure proprio*). Al respecto, defiende tal postura PINTOS AGER, al señalar que *“la responsabilidad civil debe imponer a quienes están en mejores condiciones de evitar un hecho lesivo la obligación de reparar todo el daño esperado del mismo”*, añadiendo que *“el papel de la indemnización en los casos de muerte debe consistir en la asignación de un valor a la vida de la víctima y no limitarse a la reparación del daño causado a quienes convivían con ella. Ello implica la indemnización de todas las partidas de daño, incluido el moral, a fin de que el causante culposo deba enfrentarse a la totalidad del resultado dañoso que ha ocasionado”*.³⁴⁹

2.2.2- Daños causados al fallecido antes de su muerte: el problema de la transmisibilidad en los daños morales

Cuando hablamos de los daños que el perjudicado sufre en vida, en el tiempo que media entre el hecho lesivo (en nuestro caso sería una asistencia sanitaria) y el fallecimiento, el tratamiento jurídico va a depender de si aquel solicitó la reparación del daño antes de su muerte o no. En caso de que sí lo hubiera hecho, la solución viene dada a través de la sucesión procedimental de los causahabientes, de la que nos ocuparemos más adelante; mientras que si el perjudicado fallece sin haber ejercido acción alguna para reclamar el daño moral sufrido por él, es variada la solución que la jurisprudencia plantea a la problemática de su transmisibilidad.³⁵⁰

a) Tesis negativas

Tanto para la jurisprudencia como para la doctrina, es criterio habitual el que niega la legitimación por transmisión en este tipo de daños, al entender que se trata de un derecho de carácter personalísimo³⁵¹, que recae sobre los “bienes de la personalidad”

³⁴⁹ PINTOS AGER, J. (2000). Págs. 60 y 61.

³⁵⁰ Criterio que recoge la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, nº 205/2011, de 15 de marzo (JUR 2011/216345), en cuyo fundamento jurídico quinto se señala: *“... la indemnización por razón de secuelas derivada de los padecimientos o sufrimientos personales del paciente ... constituye un daño moral resarcible económicamente en la persona afectada, pero como ésta no reclamó y no se llegó a declarar su derecho a dicha indemnización, nada podía transmitir al respecto sucesoriamente a sus herederos. Por el contrario, si el paciente hubiese reclamado una indemnización por secuelas y muere durante el desarrollo del proceso, sus herederos podrían continuarlo hasta su terminación. Pero en tal caso se estaría transmitiendo la pretensión procesal, dando lugar a la sucesión procesal por muerte prevista en el art. 16 LEC, y no el derecho subjetivo fundamento de la pretensión que los reclamantes han intentado aquí y que no puede transmitirse porque tal derecho se extinguió con la muerte del paciente. Por lo tanto, se debe inadmitir el recurso porque los demandantes no pueden reclamar por las acciones que el paciente antes de fallecer no reclamó sin que puedan sucederle procesalmente mortis causa ya que el fallecido no instó ningún tipo de acción”*.

³⁵¹ Es el caso de la STS, Sala 3ª, de 16 de julio de 2004 (Arz. 5538), que parece aplicar la tesis de la intransmisibilidad del derecho generado por la muerte a los daños morales previos al fallecimiento, y cuyo fundamento jurídico séptimo dice: *“No se solicita por quienes ejercen esta acción que se repare el*

(información, vida, integridad física y moral, dignidad..), los cuales son por esencia intransmisibles como indica el aforismo clásico “*actio personalis moritur cum persona*”³⁵². No obstante, a ojos de numerosos autores, dicho criterio no deja de ser una manifestación más del viejo prejuicio sobre la indemnización del daño moral, carente de apoyo legal.³⁵³

Al margen del trasfondo de esta postura, lo cierto es que se aprecia que ha tenido influencia directa en la doctrina de los Consejos Consultivos Autonómicos, que la vienen acogiendo en todos los dictámenes en que se ha planteado la cuestión, y muy especialmente en el de la Comunidad de Madrid, donde se ha de puesto de manifiesto que se sigue una tendencia contraria a la transmisión hereditaria de los créditos resarcitorios, al menos en cuanto a los componentes personales de dicho crédito, lo que resulta ser un hecho diferencial jurídico con respecto a los distintos órdenes jurisdiccionales del país.³⁵⁴ Es representativo, entre otros, el Dictamen 498/11, de 14 de septiembre del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en el que, tras reconocer que los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial al haber sufrido el daño moral causado por el fallecimiento de su esposo y padre (legitimación originaria), se matiza que en cuanto a la reclamación del sufrimiento padecido por éste y la consiguiente angustia de los reclamantes al no aplicársele medicación paliativa y sedante (como era el expreso deseo de la familia, para evitar prolongar el sufrimiento del enfermo), carecen de legitimación para reclamar por los padecimientos sufridos por su familiar, “*pues al tener un carácter personalísimo sólo quien los padece tiene acción para reclamarlos*”. No obstante, y si bien termina desestimando la pretensión, el Consejo admite la legitimación reconduciendo el daño al terreno de los propios familiares, en relación a la falta de cuidados paliativos y de administración de sedación que hubieran evitado el

perjuicio que derivó para ellos del fallecimiento del ser querido sino que lo que se pretende que se repare es el pretium doloris que aquél experimentó durante el tiempo que transcurrió entre que se le diagnosticó la enfermedad y su muerte. No es posible aceptar esa pretensión y ello porque fallecida una persona, se extingue su personalidad jurídica y, por tanto, no puede nacer en su favor una pretensión al resarcimiento del daño, es decir, de ningún daño material por su muerte o moral por los padecimientos experimentados como consecuencia de sufrir la enfermedad que le fue transmitida. Esta acción personalísima la hubiera podido ejercer en vida quien padeció ese daño moral, e, incluso si hubiera fallecido una vez iniciada la acción y se hubiera acreditado el daño y se hubiera dispuesto una indemnización, los beneficiarios de ella in iure proprio, que no como herencia, puesto que la indemnización no habría alcanzado a integrarse en el caudal hereditario, y, aun si así fuese, quienes tuvieran derecho a ella lo tendrían por el título de convivencia y afectividad más que por el de herederos propiamente dichos”.

³⁵² En ese sentido, la STC 37/2011, de 28 de Marzo y anteriormente la STC 222/2004, de 29 de Noviembre.

³⁵³ CANO CAMPOS, T. (2013). Pág. 115.

³⁵⁴ Así lo pone de relieve MEDINA CRESPO, M. (2012). Pág. 17.

padecimiento del enfermo, circunscribiendo su legitimación únicamente al daño moral y al sufrimiento por ver padecer a su pariente.³⁵⁵

Igual cuestión se presentaba en el procedimiento que dio lugar al dictamen 596/11, de 26 de octubre del mencionado Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en el que la viuda e hijos del difunto no achacan a la Administración la muerte sino sólo un trato que *“provocó una muerte mucho más dolorosa y agónica de lo necesario”*, con aumento del *“sufrimiento y la agonía del enfermo, así como el sufrimiento de sus familiares”*. Reiterando su doctrina, ahora ya con el refuerzo de la citada STSJ de Madrid 205/2011, de 15 de Marzo de 2011, el Consejo acepta su legitimación para reclamar el daño moral por su propio sufrimiento al ver padecer al esposo y padre (legitimación originaria), rechazándola respecto al sufrimiento del finado por la que reclamaban como herederos. Realmente, da la impresión de que en casos como el citado, en los que se producen situaciones desgraciadas para la familia, y constatado que la asistencia sanitaria no fue del todo correcta, parece reconocerse que algo hay que indemnizar, dándole luego la vestidura jurídica más apropiada según el caso. Determinado que la asistencia no guarda relación con el fallecimiento (por cuyo daño moral podrían reclamar los allegados), no existiendo por tanto daño antijurídico reclamable con respecto a la muerte, se “castiga” así esa inadecuada asistencia sanitaria, indemnizando un sufrimiento previo al fallecimiento, pero no el daño moral que deriva del mismo.

No obstante, a pesar de que en casi todos los dictámenes se acoge sin vacilación la misma tesis negativa, en otros, sin embargo, se ponen de relieve las dudas que se presentan, reconociendo la dificultad de llegar a un criterio pacífico que sea capaz de llenar el vacío legal existente, dada la divergencia de los pronunciamientos jurisprudenciales y las muy distintas opiniones doctrinales.³⁵⁶ Tal es la confusión, que en no pocas sentencias y dictámenes, si bien se concluye la intransmisibilidad de los daños morales, realmente se están aportando en sus fundamentos razones para defender precisamente lo contrario.

³⁵⁵ Fundamentación que se apoya en la STS de 16 de Julio de 2004 anteriormente citada. En el mismo sentido, en el dictamen 518/11 de 21 de septiembre del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, era la hija de la difunta quien interpuso la reclamación por los daños debidos a la rotura del fémur en un traslado al hospital. De nuevo con cita de la referida STS de 16 de Julio de 2004, se afirma que la hija carece de legitimación para *“reclamar por los padecimientos sufridos por su familiar, pues al tener carácter personalísimo sólo quien los padece tiene acción para reclamarlos... En consecuencia, en relación a la fractura de fémur de la paciente la legitimación activa queda circunscrita únicamente al daño moral y al sufrimiento de la reclamante causado por ver sufrir a su familiar, pero queda descartada en lo que respecta al sufrimiento de la enferma”*.

³⁵⁶ En este sentido, el Dictamen 643/11, de 16 de noviembre del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Así ocurre, por ejemplo, en la STSJM 122/2015, de 19 de Febrero de 2015, referida a un proceso en el que reclaman los herederos de la madre fallecida por los daños sufridos por ella en vida como consecuencia de la asistencia sanitaria relativa a una intervención del nervio ciático. Se impugna la legitimación tanto por la Administración como por su Aseguradora, por entender que los actores carecen de la misma para reclamar por los daños físicos y morales sufridos por su madre fallecida (que a su entender deben reputarse de carácter personalísimo y no susceptibles, por tanto, de transmisión mortis causa). Aunque el Tribunal se cita a sí mismo, en cuanto al criterio mantenido en sus sentencias sobre la insuficiencia del título de heredero para reclamar por unos daños personalísimos, que sólo sufrió el causante en vida y no reclamó antes de fallecer; sin embargo, frente a ello, citando la doctrina de la Sala 1ª del TS (por ejemplo STS 13 de septiembre de 2012) sobre la transmisibilidad de los daños sufridos por la víctima, considera que como antes de fallecer la paciente había acudido a un Gabinete de Valoración del Daño Corporal con la intención de que se procediera a determinar la posible existencia de negligencia médica, ha de entenderse transmisible la acción a sus herederos aunque no estuviera ejercitada en vida, aceptando por tanto la legitimación *ab intestato*. De manera que se reconoce una indemnización a favor de la heredera, comprensiva de los días de incapacidad total sufridos por el paciente, cuantificados según el baremo de tráfico; valorando la lesión del nervio ciático que padeció por puntos según el mismo baremo; el daño moral que le fue irrogado por la falta de Consentimiento Informado (cuantificado en 60.000€) y los gastos de órtesis de abducción de cadera que hubo de soportar. Es decir, los causahabientes heredan la indemnización correspondiente a los daños directos sufridos por su familiar antes de morir.

b) Tesis a favor de la transmisibilidad del daño moral

Sin perjuicio de que pueda resultar comprensible que la Administración adopte la tesis negativa cuando es la defendida por la Sala 3ª del TS³⁵⁷ y que también la mayor parte de los TSJ han hecho suya (especialmente el TSJ de Madrid), lo cierto es que se ponen sobre la mesa argumentos que hacen que esta postura negativa pueda tambalearse. En primer lugar, porque es contraria a lo que generalmente admiten los tribunales civiles y penales, y no parece justificable que a este respecto haya diferencias entre la responsabilidad de los sujetos privados y la de la Administración. En segundo lugar, porque no se acierta a comprender por qué razón no es transmisible *mortis causa* un simple derecho patrimonial (como es el crédito resarcitorio), aunque tenga su origen en la lesión de derechos personalísimos. Pues, una cosa son esos derechos personalísimos, y otra una indemnización por la lesión a

³⁵⁷ Entre otras, en la ya repetida STS (Sala 3ª) de 16 de julio de 2004.

dichos derechos -derecho resarcitorio de carácter puramente patrimonial y, por ende, esencialmente transmisible por cualquier vía, incluida la herencia-³⁵⁸. Es decir, el derecho al resarcimiento por el daño (ya sea corporal o moral) no es un derecho de carácter personalísimo, sino un derecho de crédito como cualquier otro, cuya finalidad es resarcitoria o reparadora, como fundamento del instituto de la responsabilidad patrimonial, y estos conceptos presentan regímenes jurídicos distintos.³⁵⁹

Por otro lado, es doctrina reiterada que si el perjudicado reclamó antes de su fallecimiento, la acción se transmite a sus causahabientes, pudiendo ocupar la posición de la víctima y recibir en su caso la indemnización que corresponda.³⁶⁰ Y si se acepta la sucesión procesal –y, claro está, la sucesión en el mismo procedimiento administrativo previo– es porque se admite que el derecho del crédito resarcitorio es transmisible aunque todavía no esté declarado y que también es transmisible la acción correspondiente; por lo que, siendo así, no parece adivinarse la razón que justifique que sea intransmisible ese derecho y esa acción por el simple hecho de que el difunto no lo ejerciera en vida. Tras la argumentación de que el derecho al resarcimiento por los daños personales podría transmitirse si el causante lo hubiese ejercido en vida (falleciendo en el curso del procedimiento administrativo o jurisdiccional), parece darse a entender que el derecho al resarcimiento nace cuando el mismo se declara; o cuando se ejerce la acción para reclamarlo, cuando por el contrario, cabe considerar que tal derecho nace realmente en el momento en el que el daño se produce. Sin embargo, en este caso, lo que se estaría transmitiendo es la pretensión procesal, dando lugar a la sucesión procesal por muerte prevista en el art. 16 LEC o en el art. art. 4.3 Ley 39/2015, de 1 de Octubre (antes art. 31.3 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre)³⁶¹, y no al derecho subjetivo que fundamenta la pretensión; lo que no resultaría coherente con el carácter personal o intransmisible de ese derecho, pues el

³⁵⁸ En el ámbito civil, la SAP de Madrid núm. 436/2009, de 1 de julio, dice “*una cosa es que el derecho a la salud tenga carácter personalísimo, como también la noción de “perjudicado” y otra, distinta, que el derecho de crédito nacido en vida del causante a un resarcimiento, ligado a la lesión de aquel derecho (o que se anude al fallecimiento de quien pueda dar vida a ese crédito), no se integre en el propio patrimonio, y en cuanto tal, forme parte del caudal hereditario*”. Con igual criterio, el TS en su sentencia de 10 de diciembre de 2009 (Ponente Xiol Ríos), considera que la indemnización a que pudiera tener derecho la víctima como consecuencia del accidente de tráfico pasaría a formar parte del caudal relicto y sería transmisible a sus herederos en virtud de lo dispuesto en el art. 659 del CC.

³⁵⁹ Lo que tiene carácter personalísimo y es intransmisible es el bien o derecho que sufre el daño pero no el crédito resarcitorio que surge de ella. Idea bajo la que el entonces Presidente del Consejo Consultivo de Madrid formuló voto discrepante al Dictamen 250/12 de 25 de Abril de 2012, que precisamente defendía la intransmisibilidad de la acción, que se adjunta por su interés al presente trabajo como Anexo núm. 1.

³⁶⁰ De esta forma se pone de manifiesto por HERNANDEZ CLAVERIE, C. (2012). Pág. 93.

³⁶¹ El art. 4.3. de la nueva Ley 39/2015, de 1 de Octubre (antes art. 31.3 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre), señala que “*cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derechohabiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento*”.

propio precepto establece, precisamente, que no cabe la sucesión procesal cuando el objeto de la causa no es transmisible *mortis causa*. Así entendido, resultaría que no cabría la sucesión procesal en este tipo de derechos, lo que conllevaría la conclusión del proceso en trámite por extinción del derecho por el fallecimiento, con archivo de las actuaciones. Pero es que, además, la transmisión hereditaria del crédito resarcitorio por daños morales no puede depender de la actividad o inactividad de su titular ante la Administración o ante la Jurisdicción, pues su acción constituye una facultad potestativa que supone la pre existencia de un derecho. La resistencia histórica a indemnizar por daños morales, tiene también reflejo en la reticencia a admitir su transmisión *mortis causa* cuando el perjudicado no ejerció la acción de reclamación en vida; motivado quizás por sospechas de abuso de derecho o enriquecimiento injusto de los herederos (percepción que requeriría ser confirmada, antes de archivar a priori la reclamación por falta de legitimación, analizando la efectividad y objetivación del daño reclamado, la apreciación de la prueba y otras cuestiones anexas).

Contemplado desde otro punto de vista, el del art. 659 CC, si la herencia comprende todos los bienes y derechos *“de una persona, que no se extinguen por su muerte”*, es difícil conciliar que un derecho no se extingue si ya se ejerció la acción para hacerlo efectivo y que, sin embargo, sí se extinguió por no haber ejercitado la acción en vida. Y, finalmente, si el derecho al resarcimiento nace al causarse el daño (art. 1902 del C.C.) cabría entender que, desde ese mismo momento se integra en el patrimonio de la persona y desde entonces es transmisible.³⁶²

Por su parte, ya el Consejo de Estado, en dictamen de 22 de Diciembre de 1999, en un caso en que reclama una madre por los daños físicos y morales padecidos por su hija fallecida declaraba que *“el derecho a obtener indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a una persona durante su vida constituye en general un derecho de crédito, el cual pasa a integrarse en su herencia formando parte de ella en caso de fallecimiento”*; y así niega el carácter personalísimo de la acción de responsabilidad patrimonial en el dictamen de 14 de julio de 2005, en el que concluye lo siguiente sobre la legitimación de un padre de un guardia civil fallecido, como heredero de éste, entre otros conceptos por los daños morales que sufrió:

“Se encuentra legitimado para formular la reclamación, toda vez que es heredero de su hijo y que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte (art. 659 CC),

³⁶² Así lo entiende el TS (Sala 1ª) en STS de 18 de Junio de 2004, en la que se rechaza la falta de legitimación de la madre como heredera de su hija, fallecida sin ejercitar la acción, con respecto a la muerte del padre de ésta.

siendo transmisibles mortis causa todos los derechos y acciones cuyo ejercicio correspondía al causante, siempre que no sean personalísimos. Dado que la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración no tiene carácter patrimonial ni se extingue por la muerte de su titular, dicha acción podrá transmitirse mortis causa y ser ejercida por los herederos de su titular”.

Igualmente, la STSJ Madrid 1213/2003, de 9 de Diciembre de 2003 referente a la reclamación de la hija por los daños morales y corporales sufridos por su madre fallecida sostiene lo siguiente:

“sorprende que en sede jurisdiccional cuestione la CAM la legitimación de la actora cuando no opuso objeción de clase alguna al resolver la reclamación planteada ante la Consejería de Asuntos Sociales, pero además, y en todo caso, siendo la actora hija de la hoy fallecida por circunstancias ajenas a este recurso- con un claro deterioro físico y psíquico (se había iniciado un proceso judicial para su incapacitación que no había concluido en la fecha de su fallecimiento), tiene un claro interés legitimador -la Sentencia que en este proceso se dicte afecta a su esfera patrimonial como heredera- tanto para deducir la reclamación de responsabilidad patrimonial como para accionar en esta sede jurisdiccional”.

Y del mismo modo, también la Audiencia Nacional en SAN Sala Contencioso de 29 de Septiembre de 2011, admite igualmente sin ambages la legitimación activa de una madre que reclama una indemnización de 123.544€, por los daños sufridos por su hijo ya fallecido, al estar en prisión por un delito del que fue absuelto, reconociéndole legitimación como heredera legal de su hijo para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial.

Por su parte, los Consejos Consultivos autonómicos, si bien no son por lo general proclives a reconocer la transmisibilidad en estos casos en defensa del carácter personalísimo del daño, lo cierto es que alguno de ellos, de forma excepcional, ha dictaminado reconociendo una indemnización al causahabiente por los daños del fallecido, sin entrar a valorar las distintas doctrinas existentes.³⁶³

³⁶³ Este es el caso del Dictamen nº 98/2008 del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha, de 7 de Mayo de 2008, en el cual reclama la hija por la atención a su madre (a la que se le había implantado un marcapasos en 2006, cambiando su ubicación al lado derecho en 2007, tras lo cual fallece). Se reclama que el cambio se hizo demasiado tarde y que contrajo una infección nosocomial que le ocasionó el fallecimiento. Admitida la relación causal y teniendo en cuenta que no se reclama por el fallecimiento y que tampoco está probado que fuera consecuencia de la infección; el Consejo entiende que estamos ante un daño provocado por los padecimientos y dolores que tuvo en virtud de la infección nosocomial contraída, por lo que entiende adecuado abonar indemnización por los días durante los cuales la paciente

Con apoyo en dicha fundamentación, son varios por tanto los argumentos que vienen a poner en duda la no transmisibilidad del daño moral por fallecimiento.³⁶⁴

En el ámbito civil, entre las sentencias de las Audiencias Provinciales que siguen esta doctrina, es especialmente ilustrativa la dictada por la de Madrid nº 436/2009, de 1 de julio, en cuya fundamentación se recoge:

“si el cónyuge supérstite adquiere, como consecuencia del fallecimiento de la esposa, un derecho de crédito resarcitorio que, no es ejercitado con anterioridad a su propio fallecimiento; se integra en el caudal relicto como todo en su herencia, pueden sucederle los hijos en calidad de herederos. Los argumentos de la parte apelante no pueden merecer favorable acogida en la medida en que parten de una visión desenfocada de la cuestión. Una cosa es que el derecho a la salud tenga carácter personalísimo, como también la noción de «perjudicado» y otra, distinta, que el derecho de crédito nacido en vida del causante a un resarcimiento, ligado a la lesión de aquél derecho ... no se integre en el propio patrimonio y, en cuanto tal, forma parte del caudal relicto”.

E igualmente se reconoce en el ámbito penal esta posibilidad, entendiendo legitimado al heredero del fallecido en accidente de circulación -tras un periodo de curación- para reclamar la indemnización por dichos días de incapacidad. Así se recoge, entre otros, en el Acuerdo de Unificación de Criterios del Orden Penal de la AP de Madrid³⁶⁵ de 10 de junio de 2005, en el que se afirma la posibilidad de reconocer a los herederos la indemnización correspondiente a los días transcurridos entre el siniestro y el fallecimiento como periodo de incapacidad. De manera que se entiende que si la víctima sufrió antes de fallecer un prolongado y penoso periodo de convalecencia de sus lesiones, aunque falleciera ulteriormente, debe considerarse que llegó a ostentar

sufrió por la infección (1.417,56€) y 1.000€, por el sufrimiento y riesgo que supuso someterla a la segunda intervención tratándose de una paciente que contaba con 86 años.

³⁶⁴ Con base en tales argumentaciones, MARIANO ZABÍA LASALA, ex Presidente del extinto Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en Dictamen 250/12 de 25 de Abril de 2012, en el que se estima procedente desestimar la reclamación planteada por la hija con respecto a los perjuicios físicos y morales sufridos por su madre fallecida, sin que ésta ejerciera la acción en vida, emite voto particular discrepante, concluyendo, no obstante, en el caso a que se refiere el dictamen, que *“la objetivación del daño de la perjudicada quedó determinada en vida de ella, mediante una valoración y cuantificación, implicando incluso la voluntad de reclamar de la fallecida, lo que obligaría a pensar que la acción de los herederos respondería a lo deseado por la perjudicada en vida; y a ello se añade que por el órgano instructor de la reclamación se estima la reclamación, lo que conlleva una aceptación de la legitimación ostentada por la parte reclamante”.*

³⁶⁵ Documento actualizado a Octubre de 2011 y disponible en internet: [www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA/TSJ Madrid/DOCUMENTOS DE INTERÉS/...](http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNALES_SUPERIORES_DE_JUSTICIA/TSJ_Madrid/DOCUMENTOS_DE_INTERES/...)

un derecho de crédito a la obtención de la indemnización por incapacidad temporal, del que se derivaría la facultad de reclamarlo “en su representación”, pues correspondería a la víctima antes de fallecer por los daños y perjuicios personalmente sufridos, para integrarlo en el caudal relicto. “*Ello al entender que el derecho de crédito del causante no se extingue con el hecho del fallecimiento sino que se transmite a sus herederos (art. 659 CC), que, de acuerdo con lo que dispone el art. 661 suceden al difunto en todos los derechos y obligaciones por el hecho solo de su muerte*”.

A mayor abundamiento, con la nueva regulación en materia de tráfico, se ha incorporado con plenos efectos esta posibilidad, al reconocerse en el art.44 de la Ley 39/2015, de 22 de Septiembre a los herederos del lesionado el derecho de percibir la indemnización por lesiones temporales –incapacidad temporal, con base en el art. 657 del Código Civil.

A la vista de todo ello, cabe cuestionarse por qué se aplica el criterio restrictivo de no entender legitimado al heredero con respecto a los perjuicios personales del fallecido en el ámbito contencioso, a pesar de su admisión en la jurisdicción civil; respuesta en la que no es difícil vislumbrar razones de conveniencia económica. En tales circunstancias, el hecho de que esta legitimación se reconozca en las vías civil y penal, y no en la contencioso-administrativa puede ser un criterio para escoger la primera, ejerciendo la acción directa contra la Compañía Aseguradora de la responsabilidad de la Administración Sanitaria.

c) Teoría de la doble legitimación

No son pocos los supuestos en los que puede concurrir en una misma persona legitimación en un doble título (*ex iure proprio* y *ex iure hereditario*), al ser habitual que quienes resultan perjudicados por la muerte de la víctima (familiares más allegados), sean al mismo tiempo los herederos. Sería el caso de quienes reclaman los daños morales que sufrió el paciente durante su proceso asistencial y, además, los daños propios ocasionados a raíz de su fallecimiento o incluso los irrogados en el allegado al ver padecer a la víctima.

En esas situaciones, y dados sus distintos regímenes jurídicos, se hace necesario diferenciar la acción que ejercitan *iure proprio* de la que ejercen *iure hereditario*; por cuanto, si bien en la primera se requiere la prueba efectiva del daño sufrido (a

excepción de los casos en los que juegue la *presunción iuris tantum*), en la segunda sólo debe acreditarse la condición de heredero.³⁶⁶

No obstante, esta teoría ha sido criticada por diversos autores, por entender que con ello puede darse una duplicidad de resarcimientos, produciendo una elevación importante de las indemnizaciones; aunque, realmente, parece más un temor infundado, ya que se trata de dar cumplimiento a la obligación de reparar el daño causado, sin perjuicio de que esté compuesto por una pluralidad de perjuicios sufridos por distintas personas. De hecho, como antes referíamos, la nueva Ley 35/2015 del nuevo baremo de tráfico contempla expresamente en su art. 47 esta posibilidad, reconociendo sin fisuras la compatibilidad de la indemnización a los herederos con la indemnización a los perjudicados por muerte de la víctima.

Ejemplo de esa doble legitimación es el que se recoge en la STSJM 118/2015, de 11 de Febrero de 2015 (Sección 10ª), sobre un caso en el que se realiza una biopsia cerebral a un paciente (no en una situación de urgencia) y, si bien se firma el Consentimiento Informado de la anestesia, no se le pasa a la firma el correspondiente a la biopsia; por lo que no acreditada la información verbal ni a él mismo ni a su familia, se considera cometida una infracción de la “*Lex artis*”, que vulnera el derecho de autodeterminación el paciente (derecho de la personalidad), al someterse a un procedimiento diagnóstico muy agresivo (que implica gravísimos riesgos), sin haber sido informado acerca de ellos, ni si existían alternativas. El Tribunal no comparte la tesis de la demanda de que la omisión del Consentimiento Informado hubiera lesionado derechos subjetivos de los familiares, por cuanto antes de la intervención, el paciente se encontraba capacitado para tomar sus propias decisiones, incluida la relativa a la información que pudiera transmitirse a su familia. Sin embargo, en el siguiente fundamento, a la hora de determinar el importe de la indemnización, y teniendo en cuenta que el TS ha admitido en numerosas sentencias que la omisión o defectos sustanciales del Consentimiento informado constituye vulneración de la *Lex Artis* que produce un daño moral económicamente indemnizable no sólo al paciente

³⁶⁶ Sería el caso de la STS (Sala 1ª) nº 535/2012, de 13 de Septiembre de 2012 en el que se admite la existencia del derecho que se genera en el fallecido antes de que se extinga su personalidad jurídica con su muerte, y, por tanto, acepta su transmisibilidad a sus causahabientes; entendiendo que el derecho a ser indemnizado pasó a integrar su patrimonio aunque no fuera ejercitado en vida, por lo que ostentan el derecho para exigir el pago de lo que el causante sufrió efectivamente y pudo recibir en vida. Se reconoce, además, la legitimación *iure proprio*, puesto que se trata de daños distintos y compatibles. Igualmente resulta interesante la STS, (Sala 1ª) núm. 653/2003, de 19 de junio de 2003 (Arz. 4244), caso en el que muere la víctima del hecho dañoso y después, también su madre, que fue su heredera, de forma que ejercen la acción los otros hijos de ésta en calidad de herederos de la madre (*iure hereditatis*) y además los hermanos del perjudicado (*iure proprio*).

sino también a sus familiares directos³⁶⁷; consideradas las circunstancias, y sin entender procedente fijar la indemnización con base en los módulos de tráfico (pues para el caso de fallecimiento no se prevén módulos exclusivamente indemnizatorios del daño moral que sean independientes del resultado material producido), se reconoce una indemnización de 30.000€ por “*el daño moral causado a los recurrentes en su conjunto por la lesión antijurídica del derecho subjetivo de autonomía del paciente del que era titular su esposo y padre y de la repercusión que la vulneración de dicho derecho ha tenido para ellos, por cuanto el paciente falleció por una complicación de la técnica diagnóstica invasiva de la que no fue correctamente informado*”. Sorprendentemente, se está indemnizando pues en un doble sentido: *iure proprio* (en cuanto a la repercusión del resultado final, que realmente es el daño moral por fallecimiento, y que sin embargo no se cuantifica como tal, y ni siquiera se individualiza entre cada uno de los familiares); y además *iure hereditatio*, pese a no acreditar su condición de herederos aunque pueda coincidir tan circunstancia, pues reclaman exclusivamente como cónyuge e hijos (lo que se prueba con el Libro de Familia), por el daño sufrido por el paciente en su autonomía personal (respecto a lo cual, si tenemos en cuenta que se caracteriza como derecho subjetivo y fundamental, y por tanto de carácter personalísimo, no sería transmisible según el que viene siendo criterio habitual del mismo TSJM en otros casos).³⁶⁸

Precisamente, de forma contraria se pronuncia el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su dictamen núm. 491/12, de 5 de Septiembre de 2012, señalando con respecto al documento de consentimiento informado en el que no aparecía el riesgo personalizado que, por tratarse de un daño infligido al paciente (daño personalísimo), no cabe que los familiares lo reclamen, ya que carecen de legitimación activa para ello. Cuestión distinta sería si el paciente hubiera reclamado antes de su fallecimiento (supuesto en el que la doble legitimación no presenta problemas), pues los herederos se sucederían en el procedimiento iniciado a solicitud del paciente y podrían ampliarla con su solicitud por el daño moral derivado del fallecimiento, en caso de poder relacionar tal desenlace con la asistencia sanitaria.

³⁶⁷ Por todas, las STSS 22 de Octubre de 2009, 25 de Marzo de 2010, 27 de Diciembre de 2011 y 26 de Marzo de 2012.

³⁶⁸ De igual forma la STS (Sala 3ª) de 26 de Marzo de 2012 estima la reclamación planteada, admitiendo la legitimación del esposo e hijos de la paciente fallecida para reclamar el concepto indemnizatorio, correspondiente al daño moral generado a ésta última por la ausencia de Consentimiento Informado, además de la legitimación por derecho propio para ejercitar la acción de resarcimiento por el fallecimiento de la misma, como consecuencia del quebranto de la *lex artis* en cuanto a la atención sanitaria.

Resulta patente, pues, como ceden los criterios habituales, cuando lo que prevalece es la voluntad del Tribunal de indemnizar un caso concreto por razones de sensibilidad o de justicia material.

3.- LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EXTRAORDINARIA: LA REPRESENTACIÓN

En el seno del procedimiento administrativo, para el cual no resulta precisa la intervención de letrado ni procurador, la nueva Ley 39/2015, de 1 de Octubre en su art. 5 (y de igual forma la anterior Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, en su art. 32), establece la posibilidad de que los interesados con capacidad de obrar puedan actuar por medio de representante. Se recoge así un tipo de legitimación extraordinaria, haciendo uso de la representación voluntaria a favor de otra persona, que puede ser un familiar o allegado o bien un profesional (abogado o procurador), con el único requisito de que el representante designado disponga igualmente de capacidad de obrar.

En cuanto a la acreditación de la representación voluntaria, dicho precepto distingue dos tipos de actuaciones. De un lado, de conferirse de forma voluntaria dicha representación, para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna o mediante declaración en comparecencia personal del interesado.³⁶⁹ Mientras que, para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá la representación (art. 5 de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre). No obstante, como los propios preceptos señalan, y en virtud del principio *pro actione*, en los casos de falta o insuficiente acreditación de la representación, ello no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquella o se subsane el defecto en el plazo de diez días que deberá conceder al efecto el órgano administrativo, o de un plazo superior si las circunstancias del caso lo requieren (art. 5.6 de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre).

En los procedimientos de responsabilidad patrimonial los problemas que suelen presentarse son motivados por la falta de acreditación de la representación, o bien por la acreditación mediante instrumentos que no parecen cumplir las exigencias legales; problemática que abordaremos a continuación.

³⁶⁹ Con la nueva Ley 39/2015, de 1 de Octubre, LPAC se añade también la comparecencia electrónica en la correspondiente sede electrónica o a través de la acreditación de su inscripción en el registro de apoderamientos de la Administración competente.

3.1.-Falta de acreditación de la representación

Es frecuente -más en vía administrativa que en vía judicial-, que se presente la reclamación sin acompañar documento acreditativo de la representación con la que se actúa. Es algo que ocurre, especialmente, en aquellas solicitudes que se presentan en nombre de un familiar (hijos en nombre de los padres ancianos, o bien parientes de alguien que está ingresado o convaleciente en ese momento). Como hemos visto, en estos casos, y de acuerdo con la legislación citada, la Administración viene obligada a conceder un plazo para que se subsane tal omisión y así lo suele hacer normalmente. Sin embargo, en alguna ocasión este defecto ha podido pasar desapercibido, continuándose con la tramitación del procedimiento; casos en los que los Consejos Consultivos, al revisar el expediente para emitir el preceptivo dictamen, si bien advierte el defecto y la necesidad de subsanarlo antes de dictar resolución, entra a conocer del fondo, cuando el órgano instructor así lo ha hecho.³⁷⁰

3.2.- Acreditación con medios no idóneos

Otro aspecto problemático es la acreditación de la representación haciendo uso de algún medio que no se considera ajustado a los requisitos legales, lo que sucede cuando tiene lugar mediante una autorización realizada en documento privado, por el que el interesado autoriza a actuar en su nombre a otra persona. Esta forma, si bien se ampara en lo dispuesto en el art. 1710 del CC que establece que el mandato puede ser expreso o tácito, y que el expreso puede otorgarse en documento público o privado, y aún de palabra; lo cierto es que en el ámbito del procedimiento administrativo, la norma es muy explícita al exigir la acreditación de la representación. Y ello ha sido puesto de relieve en numerosas ocasiones por el Consejo Consultivo de Madrid, al señalar, reiteradamente, que los documentos privados no cumplen el requisito de “*fehaciencia*” impuesto por la normativa de procedimiento administrativo³⁷¹; motivo por el que ha rechazado los casos en los que es la propia

³⁷⁰ Dictamen 406/11, de 20 de Julio del Consejo Consultivo Comunidad de Madrid. Y con el mismo sentido, también los dictámenes del mismo Consejo ya desaparecido: 354/10, de 20 de octubre; 462/10, de 22 de octubre; 364/11, de 29 de junio; y 643/11, de 16 de noviembre.

³⁷¹ Entre otros, Dictámenes 406/10, de 20 de julio, 521/11, de 28 de septiembre y 570/12, de 17 de octubre del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. En interpretación del citado artículo 32.3 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre (actualmente sustituido por el art. 5 de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre), el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en Sentencia de 1 de Abril de 2004, confirmando una resolución administrativa en la que no se admitía la representación otorgada a un abogado mediante documento privado, señala que: “*El adjetivo fidedigna, significa para la Real Academia Española de la Lengua, digno de fe y de crédito. Como la propia sentencia indica, los documentos privados sólo producen efectos entre las partes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1257 del Código Civil, pero no respecto de terceros, como es la Administración. Pero es que, además el precepto no es*

Administración la que, relajando las formalidades y facilitando la actuación del administrado, ha admitido la acreditación de la representación bastando con un documento privado.³⁷²

4.- LA SUCESIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

En párrafos anteriores, nos hemos detenido en los supuestos en los que es discutible si la legitimación es o no transmisible ante el fallecimiento del perjudicado directo. Como hemos visto, la discusión distingue especialmente el supuesto en el que el perjudicado plantea la acción y fallece, estando en marcha el procedimiento, de tal modo que le suceden sus causahabientes. Si ello ocurre cuando ya se estuviera tramitando un proceso contencioso administrativo sobre responsabilidad patrimonial de una Administración, con carácter general serán de aplicación las reglas sobre sucesión procesal establecidas en la LEC: las de su art. 16 en los casos de muerte y las del art. 17 en casos de transmisión *inter vivos* del crédito reclamado.³⁷³

El art. 16 LEC condiciona la sucesión a que el objeto del proceso sea transmisible mortis causa, por lo que distingue supuestos en los que cabrá la sucesión y otros en los que no. Igualmente, en nuestro ámbito, el art. 4.3 de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre (reproducción del anterior 31.3 Ley 30/1992, de 26 de Noviembre) señala que el derechohabiente sucederá al interesado en cualquier fase del procedimiento, cuando esa condición de interesado derive de alguna relación jurídica transmisible. Por ello, y si se considera que el derecho a resarcimiento por daños no patrimoniales es de carácter personalísimo, no sería factible la sucesión procesal.

Pero, en lo que aquí nos interesa, con respecto a la transmisión del crédito resarcitorio durante la tramitación del procedimiento administrativo, hemos de estar a lo previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la cual sólo hace referencia a esta circunstancia de forma parca y genérica en su art. 4.3

sino una garantía de los ciudadanos, evitando así la legislación, la posibilidad de que sean sorprendidos por el ejercicio ajeno de sus propias acciones".

³⁷² Dictámenes del Consejo Consultivo de Madrid núms. 86/10, de 24 de marzo; 296/10, de 22 de septiembre o 714/11, de 14 de diciembre.

³⁷³ Interesante resulta, por su incongruencia, la STSJM de 15 de Marzo de 2011 que considera que si el paciente hubiera reclamado en vida y muere durante la tramitación del procedimiento, sus herederos podrían continuarlo hasta su terminación, transmitiéndoles la pretensión procedimental/procesal pero no el derecho subjetivo que fundamenta la pretensión, al extinguirse tal derecho con la muerte. Este pronunciamiento es claramente incoherente, pues ningún sentido tendría entonces la pretensión que se transmite al no reconocerle ninguna viabilidad ya de antemano; y si lo que se quería era negar la transmisión de ese derecho, igualmente debería negarse la sucesión en la acción.

al disponer que: *“Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento”*. Ha de considerarse que este precepto es aplicable a muy distintos procedimientos, tanto iniciados de oficio como a instancia de interesado, referidos a actos administrativos de gravamen o bien para dictar actos favorables o declarativos de derechos; distinciones éstas que deben llevar a soluciones diferentes.

Si bien la regulación al respecto es insuficiente para resolver con plena seguridad los problemas de subrogación o sustitución que puedan producirse en el procedimiento de responsabilidad; lo cierto es que, adaptándolos a las peculiaridades de este especial procedimiento administrativo, puede servir para intentar dar una solución a la sustitución procesal o procedimental.

Por lo pronto, del precepto se desprende, en primer lugar, la admisión de la sucesión en el procedimiento administrativo en general (lo que es extensible al procedimiento de responsabilidad patrimonial por transmisión *mortis causa* o por negocio *inter vivos* del crédito resarcitorio frente a la Administración); y, además, que la sucesión en el procedimiento permitirá, como regla general, que continúe en el estado en que se encontrase sin que haya que retrotraerlo ni repetir trámites ya practicados.

No obstante, y aunque el art. 73 de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre diga que a los interesados que no realicen los trámites correspondientes en el plazo conferido *“se les podrá declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente”*; en estos casos de sucesión procedimental, especialmente cuando sea *mortis causa*, resulta lógico que, si los sucesores no conocían que se sustanciase el procedimiento y hubieran perdido algún trámite, se les dé oportunidad de realizarlo para que tengan efectivas posibilidades de defensa.

Lo normal será que el sucesor se persone en el procedimiento en curso, poniendo de manifiesto que el reclamante ha fallecido y que, acreditando su adquisición del derecho, pida que se le tenga por sucesor del procedimiento solicitando se declare la responsabilidad de la Administración en los mismos términos que planteó el reclamante, pero en su favor. Si desea solicitar una indemnización distinta o incluyendo conceptos diferentes (v. gr., por los daños derivados de la muerte), podría ampliar la reclamación inicial a este daño sobrevenido, siempre que no hubiera prescrito la acción con respecto a ello, y si el estado del procedimiento lo permite (si no, tendría que plantear una nueva solicitud).

En caso de que no acredite en ese momento haber adquirido el derecho a la indemnización que supuestamente ostentaba el reclamante, normalmente la Administración le va a requerir en virtud del art. 68 Ley 39/2015, de 1 de Octubre (antes art. 71.1 LRJPAC); si bien, también podrá ser objeto de prueba o de los actos de instrucción que de oficio practique el instructor, pudiendo después, tras esas actuaciones, resolver en la resolución sobre la existencia o inexistencia del derecho del sucesor a la indemnización.

Esta es la solución que acoge el Consejo Consultivo de Madrid en su dictamen 448/14, de 22 de octubre. En este caso, la reclamación es interpuesta inicialmente por la persona directamente perjudicada por las lesiones que estima imputables a dicha actuación. Posteriormente, en trámite de alegaciones, la hija de la perjudicada, además de comunicar el fallecimiento de su madre, se limita a mostrarse de acuerdo con el parecer de la Inspección Médica y a solicitar que se dicte resolución o acuerdo indemnizatorio en base a los perjuicios causados a su madre. En estas circunstancias, en las que no se modifica la causa de pedir, no cabe sino considerar que se reclama a título sucesorio "*mortis causa*", y reconocer una legitimación activa "*iure hereditatis*". Al tratarse de una subrogación en la acción interpuesta por la persona afectada por la supuesta deficiente asistencia sanitaria, se pone en evidencia la necesidad de que se solicite la aportación del título hereditario (por sucesión testada o intestada), no bastando con acreditar su relación de parentesco. En este caso no consta que dicho requerimiento se haya efectuado por el instructor, entendiendo el Consejo que con ello se ha creado en la reclamante una confianza legítima en que estaba acreditada su legitimación activa para reclamar; por lo que, sin perjuicio de pronunciarse sobre el fondo, se deja indicado que deberá requerírsele para que aporte el correspondiente título sucesorio en los términos contemplados por el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, antes de que se dicte la resolución que ponga fin al procedimiento.

El fallecimiento del perjudicado directo plantea problemas a efectos de legitimación, en función de quien haya planteado la reclamación, y en qué términos. Ejemplo que encontramos ilustrado en el Dictamen 402/2011 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. Interpuesta inicialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial el 5 de marzo de 2008 por la esposa en nombre propio y en representación de su marido (aunque no se había conferido dicha representación, al estar el escrito de reclamación firmado por ambos cónyuges, se considera que la reclamación se interpone por cada uno, actuando en su propio nombre y derecho). Una vez iniciado el procedimiento (el 3 de diciembre de 2008), la esposa dirige nuevo escrito a la Administración (el 24 de febrero de 2009), poniendo en su conocimiento que su marido falleció el 21 de marzo de 2008 –con anterioridad, por tanto, a la incoación del

expediente-. En efecto, la primera reclamación –pese a hallarse firmada por ambos cónyuges- evidentemente sólo podía haber sido interpuesta por el afectado por la concreta asistencia sanitaria cuestionada, habida cuenta que en ella se hacía referencia tan sólo a los daños corporales sufridos como consecuencia de dicha actuación médica y que recaían exclusivamente en la persona del fallecido; dado que no se hacía mención alguna al posible daño moral que, como consecuencia de dicha asistencia, pudiera haberse derivado también para la esposa, por la zozobra y sufrimiento que el empeoramiento del estado de salud de su esposo podía acarrearle.

Se presenta, pues, la dificultad de esclarecer el concepto por el que reclama la viuda, respecto del expediente de responsabilidad patrimonial que, como decimos, trae causa de una reclamación que sólo podía haber sido interpuesta por su esposo, en cuanto que era él el único perjudicado por la actuación sanitaria enjuiciada, en los términos en que se encontraba redactado el escrito de reclamación. El derecho al resarcimiento por los daños sufridos como consecuencia de la defectuosa asistencia dispensada al difunto es un derecho que forma parte del acervo hereditario, y como tal, transmisible por herencia (cfr. artículo 661 del CC), dado que se trata de un derecho que no se extingue por la muerte del finado (artículo 659 del CC).³⁷⁴

En principio, pues, ningún obstáculo habría a que los herederos (en este caso un hijo) hubieran sucedido al fallecido en su posición de reclamante en el procedimiento administrativo ya incoado. Sin embargo, ocurre que el viudo o la viuda, pese a que el artículo 807 del CC lo denomina “heredero forzoso”, no es heredero propiamente, sino usufructuario del tercio destinado a mejora, cuando concurre a la herencia con hijos o descendientes (cfr. artículo 834 del CC).³⁷⁵ Como señala una ya antigua Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1963:

“Entre el heredero propiamente dicho y el sucesor usufructuario, aunque lo sea por título universal, sobre todo cuando la designación es voluntaria y no legal, median profundas y esenciales diferencias que dan lugar a la imposibilidad de confundirlos (...). De todo lo cual se deduce que el sucesor usufructuario no puede confundirse con un heredero ni con un legatario de parte alícuota y que,

³⁷⁴ En este sentido, la STSJ de Navarra (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de octubre de 2003 se pronuncia, en un caso similar, en los siguientes términos: “No puede entenderse que el derecho al resarcimiento de la fallecida sea un derecho personalísimo no transmisible a sus herederos, su sufrimiento sí fue personalísimo mas es resarcible, compensable pecuniariamente, y tal resarcimiento constituye un derecho patrimonial, ya devengado una vez que el mismo se ha producido y susceptible de transmisión a sus herederos”.

³⁷⁵ Dicho porcentaje puede aumentar considerablemente en función de los parientes con quienes concurra el cónyuge supérstite (artículos 837 y 838 del CC).

aunque esté designado a título universal, no se trata de un continuador de la personalidad del testador”.

En el caso que nos ocupa, la posible legitimación de la viuda para reclamar frente a la Administración sanitaria, vendría dada por habersele irrogado un daño moral como consecuencia del fallecimiento de su esposo. Y tal derecho a obtener un resarcimiento por esta causa se le reconocería, no por título de herencia, sino *iure proprio*, por el perjuicio personal sufrido al encontrarse unida con el difunto por vínculo matrimonial (precisamente por ese fallecimiento, se presume que sufre un daño susceptible de indemnización, y calificado de daño moral). Como tiene reconocido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, el daño moral es un daño personalísimo, que sólo puede ser reclamado por quien lo sufre, o por un tercero, siempre que aquél le hubiera conferido su representación o, en el caso de ser menor o incapacitado, ostente su representación legal.³⁷⁶ Sin embargo, dado que en el escrito de reclamación inicial no se hace mención en absoluto al daño moral sufrido por la esposa, ni ésta aclara más tarde, una vez ocurrido el fallecimiento de su cónyuge, que el concepto en el que reclama es por haber sufrido un daño moral derivado de ese fallecimiento –habida cuenta que no podía suceder a éste en su posición en el procedimiento administrativo, por no ser heredera-; entiende el Consejo Consultivo que carece de legitimación activa en este asunto. No obstante, la considera perjudicada por su mera condición de esposa del difunto, lo que le permitiría interponer dentro del plazo de prescripción reclamación por este motivo; o solicitar, en su caso, la acumulación de su reclamación a la tramitada inicialmente a nombre de su esposo, o haber ampliado la reclamación inicial en trámite de alegaciones, especificando que reclamaba por el daño moral sufrido. Sin embargo, al no haber sido así, el dictamen expresa como lo más correcto, jurídicamente hablando, es negarle a aquélla legitimación activa en este expediente, sin perjuicio de que la Administración pueda requerir las aclaraciones oportunas a la reclamante, a pesar de que se desestime en cuanto al fondo.

5.- CONCLUSIONES

1. Según parece desprenderse de numerosas sentencias, lo que determina la condición de perjudicado no es la existencia de un efectivo daño moral o una legitimación técnicamente impecable desde el punto de vista jurídico, sino la situación de especial protección que necesitan determinadas personas. Puede observarse, así, que cuando el Tribunal tiene la voluntad de indemnizar en un caso

³⁷⁶ Vid. por todas, la STS (Sala 3ª, Sección 6ª) de 30 de Diciembre de 2002.

concreto ante una situación de desgracia familiar, busca los títulos legitimadores para ello, aunque no hayan sido invocados por los reclamantes, dándole a la solicitud la vestidura jurídica más apropiada según el caso.

2. Los términos en los que se plantea la solicitud de responsabilidad patrimonial van a condicionar no sólo el reconocimiento o no de la legitimación de los reclamantes, sino el nivel de prueba exigible con respecto al daño que se aduce, distinguiéndose los casos en los que se aplica la presunción con respecto al daño moral de los que no.
3. En relación a los problemas de legitimación activa en el ámbito sanitario, se pone de manifiesto un hecho inaudito: ya no sólo se hace uso del sistema de baremos de tráfico para la valoración del daño sanitario, sino que ante el vacío normativo con respecto a la legitimación para reclamar, se intenta extraer de las Tablas de perjudicados que recoge dicho sistema, también un catálogo de legitimados para el daño sanitario, o por lo menos ciertas reglas para determinar la legitimación. Con ello se evidencia, una vez más, la patente necesidad de disponer de un régimen reglado que no existe en esta materia, forzando la aplicación de un sistema que es ajeno a este ámbito para cubrir esa carencia. No podemos más que estar en desacuerdo con esta práctica, pues una cosa es el uso de dichos criterios para orientar la cuantificación de las indemnizaciones, y otra que con ello el Tribunal esquive la tarea de enjuiciar en cada caso concreto la legitimación desde la óptica del Derecho Administrativo, analizando si existe o no el interés que le permita al administrado ejercer la acción, y en su caso obtener la indemnización si se dan los presupuestos necesarios para ello.
4. En lo que respecta a los daños corporales sufridos por un paciente que está vivo (y que por tanto puede reclamar por ellos, directamente o a través de algún representante), la problemática se centra en determinar la relación causal entre dichos daños y el perjuicio colateral que ello acarrea a un tercero. No obstante, al igual que ocurre en otros aspectos del daño moral sanitario, tampoco es pacífica la doctrina en lo relativo a la determinación de la legitimación de los interesados con respecto a los daños ocasionados por rebote, existiendo opiniones contrapuestas respecto a la transmisibilidad o no del daño. Lo más grave es que esas diferencias se plasman también en algunas sentencias, lo que implica un trato desigual en supuestos homogéneos.
5. La resistencia histórica a indemnizar por daños morales, tiene también reflejo en la reticencia a admitir su transmisión *mortis causa* cuando el perjudicado no ejerció la acción de reclamación en vida, motivado quizás por sospechas de abuso de derecho o enriquecimiento injusto de los herederos. No obstante, cabe cuestionarse por qué se aplica el criterio restrictivo de no entender legitimado al

heredero con respecto a los perjuicios personales del fallecido en el ámbito contencioso a pesar de su admisión en la jurisdicción civil. En su respuesta no es difícil vislumbrar razones de conveniencia económica. En estas circunstancias, el hecho de que esta legitimación se reconozca en vía civil y no en la contenciosa puede ser un criterio para optar por ejercer la primera, a través de la acción directa contra la Compañía Aseguradora de la responsabilidad de la Administración Sanitaria.

6. No son pocos los supuestos en los que puede concurrir en una misma persona legitimación en un doble título (*ex iure proprio* y *ex iure hereditario*), al ser habitual que quienes resultan perjudicados por la muerte de la víctima (familiares más allegados), sean al mismo tiempo los herederos. Sería el caso de quienes reclaman los daños morales que sufrió el paciente durante su proceso asistencial y, además, los daños propios ocasionados a raíz de su fallecimiento o incluso los irrogados al ver padecer a la víctima. En esas situaciones, y dados sus distintos regímenes jurídicos, se hace necesario diferenciar la acción que ejercitan *iure proprio* de la que ejercitan *iure hereditario*; por cuanto, si bien en la primera se requiere la prueba efectiva del daño sufrido (a excepción de los casos en los que juegue la *presunción iuris tantum*), en la segunda sólo debe acreditarse la condición de heredero.
7. Con la nueva regulación en materia de tráfico, se abre el abanico de posibilidades para reclamar, ampliando la condición de perjudicado así como las indemnizaciones que le pudieran corresponder, lo que sin duda tendrá incidencia a la hora de reclamar. No obstante, el efecto que estas modificaciones puedan tener en las sentencias sobre responsabilidad patrimonial sanitaria está aún por ver... Primero, porque la nueva normativa aún está “en rodaje” y se desconoce cuáles serán los criterios interpretativos que vayan a realizar los Tribunales, y en segundo lugar, porque realmente nos hallamos en un periodo transitorio, en el que conviven reclamaciones que serán resueltas bajo los criterios del antiguo baremo (las presentadas con anterioridad) y las que ya lo harán bajo el prisma del nuevo. Las sentencias dictadas en esta materia se refieren, por lo general, a hechos anteriores, por lo que aún es pronto para poder conocer cuáles serán los criterios de interpretación de los Tribunales.

CAPITULO IV.- MANIFESTACIONES DEL DAÑO MORAL SANITARIO: UN INTENTO DE CATALOGAR LA CASUÍSTICA MÁS RELEVANTE

- 1.- Introducción
- 2.- Posibles clasificaciones del daño moral en el ámbito sanitario
- 3.- Daños morales derivados de lesión física
 - 3.1.- Daños directos:
 - 3.1.1.- *Pretium Doloris*: el dolor físico y moral
 - 3.1.2.- El Perjuicio estético
 - 3.2.- Daños indirectos:
 - 3.2.1.- El fallecimiento de un familiar o persona allegada: el *pretium mortis*
 - 3.2.2.- Daño moral de rebote por la lesión de un familiar o persona allegada
- 4.- Daños morales autónomos:
 - 4.1.- La inquietud, zozobra y otros estados de ánimo
 - 4.1.1.- Los falsos positivos o falsos negativos
 - 4.1.2.- El retraso diagnóstico o asistencial
 - 4.1.3.- El extravío y la descoordinación en las pruebas diagnósticas
 - 4.1.4.- La angustia por la necesidad de reintervención o por la suspensión de la intervención programada
 - 4.2.- Daños morales por privación/demora de asistencia o de decisión de tratamiento: las listas de espera
 - 4.3.- Las acciones derivadas del nacimiento de un hijo: *Wrongful Actions* (*Wrongful conception, wrongful Birth y Wrongful Life*)
 - 4.3.1.- *Wrongful Conception*: el nacimiento de un hijo no esperado
 - 4.3.2.- *Wrongful Birth* o la privación del derecho a interrumpir el embarazo de un feto con malformaciones
 - 1º) Supuestos de hecho de las reclamaciones por *wrongful birth*
 - 2º) El daño:
 - a.- El daño por la lesión del derecho a la información *per se*
 - b.- La Pérdida de Oportunidad
 - c.- Daño Moral por la falta de preparación psicológica ante el nacimiento del hijo enfermo o discapacitado
 - d.- El perjuicio económico “de rebote” para los padres, tutores o familiares más cercanos.
 - e.- Daño moral “de rebote” derivado de la condición enferma del hijo
 - f.- Privación del derecho a ejercer la libertad de procreación/aborto legal.
 - 3º) La relación de causalidad
 - 4º) La valoración y el resarcimiento en las acciones de *wrongful birth*
 - 5º) Legitimación activa
 - 4.3.3.- *Wrongful life* o la reclamación del hijo por haber nacido
 - 4.4.- Daño moral por imposibilidad de tener descendencia
 - 4.5.- Daño moral por extravío, deterioro o privación del uso de material biológico o material genético
 - 5.- Conclusiones

1.- INTRODUCCIÓN

Como ya hemos visto, en nuestro sistema jurídico el daño moral resulta ser un concepto abierto, no desarrollado ni legislado, siendo los Tribunales los que se ocupan de dotarlo de contenido, acoplando en él las lesiones que entienden subsumibles en tal figura. Sin duda, no resulta fácil esta tarea y, de hecho, los propios magistrados habitualmente señalan la dificultad que ello les supone, haciéndolo constar así en numerosas sentencias, como preámbulo justificativo de la decisión final. No obstante, también es cierto que es precisamente ese vacío lo que les permite un gran margen para el ejercicio de su arbitrio judicial, al poder incluir en ese concepto una gran variedad de perjuicios de forma extensiva, incluso por asimilación.³⁷⁷

Ocurre, así, que son los Tribunales, y en cierta medida los Órganos Consultivos (del Estado y de las distintas Comunidades Autónomas) los que van marcando las tendencias en cuanto a los distintos aspectos de la figura del daño moral y los hechos que, en cada momento, pueden ser constitutivos de ello. Esta función innovadora difícilmente se observa en la Administración en el seno del procedimiento de responsabilidad patrimonial; que, en un intento de asegurar la legalidad de sus resoluciones y no crear precedentes que la autovinculen, va a la zaga de lo que los órganos jurisdiccionales y consultivos van indicando, procurando extraer de sus sentencias y dictámenes una unificación de criterios que pocas veces encuentra, para delimitar conceptos tan ambiguos como es el propio daño moral, la pérdida de oportunidad, etc., que le puedan servir de patrón. Su naturaleza de “*borrosa figura*” como lo denomina DIEZ-PICAZO³⁷⁸ y su desarrollo eminentemente jurisprudencial, llevan a tener que acudir a las distintas sentencias dictadas al respecto para extraer de ellas un listado ilustrativo de las variadísimas manifestaciones en las que el daño moral adquiere relevancia jurídica.

Ya hemos señalado que en el ámbito médico asistencial, la invocación de daños morales es cada vez más frecuente en las reclamaciones que se presentan. Y ello porque, por su propia naturaleza, cualquier lesión física o actuación sobre la salud o el cuerpo, suele conllevar repercusiones de índole moral a uno mismo y a sus seres queridos. Pero, también, porque son los Tribunales quienes han ido ampliando los

³⁷⁷ Sirve como ejemplo la STSJ Madrid 279/2014, 11 de Abril de 2014: “*Al asimilarse en el caso presente el daño indemnizable -pérdida de oportunidad- al daño moral, su resarcimiento carece de módulos objetivos...*”.

³⁷⁸ DIEZ-PICAZO, L. (1999). Pág. 324.

supuestos en los que se reconoce el daño moral, incluso sin haber sido solicitados por los perjudicados, de tal manera que, en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, no sólo es indudable su aceptación, sino que además se da el escenario propicio para ser cada vez más favorable su reconocimiento.³⁷⁹

Dado el fin práctico que persigue este trabajo, y al objeto de estudiar las notas singulares que presenta el daño moral en el ámbito asistencial de los Servicios Públicos de Salud desde la casuística; en este capítulo, se pretenden recoger los supuestos más característicos que, en la actualidad, se presentan y que nos enseñan las formas en que hoy en día se manifiesta jurídicamente esta figura. En ningún caso se trata de una enumeración taxativa, sino más bien ilustrativa, pues desde las consideraciones expuestas, es claro que *“cualquier clasificación de los daños morales no puede ser exhaustiva y desde luego su principal finalidad es didáctica”*.³⁸⁰

Capítulos separados requieren la pérdida de oportunidad y la falta de información y/o consentimiento (paradigmas del daño moral contemporáneo, en los que la problemática aparece con mayor acentuación), pues su especial y creciente protagonismo en este contexto obligan a una mayor extensión en su estudio.

2.- POSIBLES CLASIFICACIONES DEL DAÑO MORAL EN EL ÁMBITO SANITARIO

Como hemos visto, en ausencia de regulación específica, encontramos en el cajón de sastre del art. 1902 del CC el encaje de la obligación de reparar cualquier daño; y dentro de ellos, también los daños morales. Por tanto, y en términos generales, no deja lugar a dudas el reconocimiento de la resarcibilidad de este tipo de daño en nuestro Ordenamiento.

En el ámbito de la Administración Sanitaria, además de las lesiones a los derechos de la personalidad (honor, intimidad, etc.), que –como en otros sectores- se pueden dar también en éste, con motivo por ejemplo del uso indebido de los datos de la historia clínica (cesión no autorizada de datos, anotaciones indebidas en la historia clínica, etc...), situaciones de acoso, discriminación en la atención, etc...; específicamente, en el contexto asistencial, encontramos supuestos muy significativos, que son aducidos en gran número de reclamaciones por los interesados y que, a nuestro criterio, pueden englobarse, principalmente, en dos categorías: los daños morales derivados de un

³⁷⁹ MAYOR GÓMEZ, R. (2015). Pág. 13.

³⁸⁰ MACIAS CASTILLO, A. (2004). Pág. 399.

daño corporal (causados, por o con ocasión de un acto sanitario, como es un tratamiento, intervención quirúrgica, o bien por la demora o la falta de actuación) y los daños morales propios o autónomos, que se reconocen por su propia entidad con independencia de las lesiones físicas. Sin perjuicio de tal distinción, algunos daños podrían incluirse en ambas categorías, dependiendo del supuesto concreto (por ejemplo, la pérdida de oportunidad que puede ir acompañada de una lesión física o no, calificándose en este caso como daño moral propio; o igualmente, la zozobra, inquietud y otros estados de ánimo).

Otra posible clasificación podría realizarse en función del interés lesionado, siendo susceptible por tanto de subdividirse en tantas subcategorías como bienes y derechos lo integran; de forma que, en el ámbito sanitario, podríamos hablar de los daños morales contra la integridad física (*pretium doloris*), y los daños morales contra la integridad moral o la autonomía de la voluntad (falta de información y consentimiento, nacimiento de un hijo no esperado por fallo anticonceptivo, daños morales por privación de asistencia sanitaria o de decisión sobre el tratamiento ...). Y una tercera catalogación podría distinguir entre daños morales directos (zozobra, *pretium doloris*, perjuicio estético,...) y daños morales indirectos o de rebote (daño moral por el fallecimiento o las graves lesiones de un familiar o allegado,...).

Sin perjuicio de que -como hemos referido y veremos- hay daños que podrían incluirse en categorías contrapuestas, en función de las diversas interpretaciones sobre lo que ha de considerarse daño en cada caso; en este estudio, por las características del sector médico en el cual nos situamos -con clara incidencia en el cuerpo, la salud y la vida-, por su practicidad, y sin ánimo de realizar una lista cerrada, nuestra propuesta parte de la siguiente clasificación:

A) DAÑOS MORALES DERIVADOS DE LESIÓN FÍSICA

a) Daños Directos:

1. *Pretium Doloris*: El dolor físico y moral
2. El perjuicio estético

b) Daños Indirectos:

1. El fallecimiento de un familiar/allegado
2. Daño moral de rebote por lesión física de un familiar/allegado

B) DAÑOS MORALES AUTÓNOMOS

a) La inquietud, zozobra y otros estados de ánimo

- Los falsos positivos o falsos negativos
- El retraso diagnóstico

- El extravío y la descoordinación en las pruebas diagnósticas
 - La angustia por la necesidad de reintervención o por la suspensión de la intervención programada
- b) Daños morales por privación/demora de asistencia sanitaria o de decisión sobre el tratamiento.
- c) Las acciones derivadas del nacimiento de un bebé: *wrongful actions*
- *Wrongful conception*: el nacimiento de un hijo no esperado
 - *Wrongful Birth*: el nacimiento de un hijo con malformaciones no conocidas en el embarazo.
 - *Wrongful Life*: la reclamación del hijo nacido con malformaciones no conocidas en el embarazo.
- d) Daño moral por imposibilidad de tener descendencia
- e) Daño moral por extravío, deterioro o privación del uso de muestras biológicas o material genético

3.- DAÑOS MORALES DERIVADOS DE LESIÓN FÍSICA

3.1.- DAÑOS DIRECTOS

3.1.1.-*Pretium doloris*: el dolor físico y moral

Lo que se ha convenido en llamar “*pretium doloris*” o “*pecunia doloris*”³⁸¹ -denominación originaria del daño moral-, comprende, tanto el dolor físico -con sus variadas manifestaciones-, como el dolor moral (la pena y tristeza derivadas del padecimiento de las lesiones o secuelas), lo que se considera daño moral puro.³⁸² Ambas vertientes han de ser diferenciadas y sometidas a sus propias reglas de valoración.

Con respecto al daño moral puro, el *pretium doloris* comprende el que padece el propio perjudicado y también el que sufren los familiares o allegados por el fallecimiento o las lesiones del paciente³⁸³ -daño al que nos referiremos más adelante-.

³⁸¹ Se trata de un término que se viene empleando tanto para denominar una de las manifestaciones del daño moral (el perjuicio moral derivado de un daño físico), como para referirse al valor de la compensación del daño moral (el *pretium doloris* compensatorio del daño moral corresponde no sólo por el sufrimiento personal de los perjudicados ligado al hecho lesivo; sino que tiene un amplio espectro, de modo que acoge también el sentimiento de la dignidad lastimada o vejada, el daño psicológico, o la perturbación en el normal desarrollo de la personalidad).

³⁸² VICENTE DOMINGO se inclina por una concepción estricta, identificando *pretium doloris* con el dolor derivado del daño corporal, lo que a su juicio presenta la ventaja de recortar las dosis de subjetividad que conlleva el dolor emocional o espiritual, por cuanto el dolor físico es más fácil de objetivar que la pena o la tristeza, ya que en realidad responde a un fenómeno nervioso que tiene manifestaciones externas, y que incluso puede ser medido acudiendo a “la sensibilidad del hombre medio”. VICENTE DOMINGO, E. (1994). Pág. 189.

³⁸³ Así lo recoge, por ejemplo, la STS (Sala 2ª) de 5 de Noviembre de 1990: “*ha de entenderse, en la pecunia doloris, sobre todo, al vacío que deja la víctima en el reclamante, en sus sentimientos de afecto,*

En cuanto al dolor (que puede ser tanto físico como psíquico)³⁸⁴ -y si bien en ambos casos sólo la persona que lo siente es quien puede saber su intensidad-; se entiende que es un daño objetivable, cuya prueba puede venir dada por el dictamen de un perito médico en el que, una vez identificada la lesión, pueden ofrecerse datos empíricos sobre sus repercusiones psicofísicas. Así pues, este daño moral que genera su padecimiento debe reconocerse, independientemente de la capacidad de sentir o no dolor, de su intensidad y de las sensaciones que abriguen las personas a las que se les causa el mismo, lo que permitiría el reconocimiento jurídico del dolor de personas en estado de coma. La dificultad estriba en que en el sistema de responsabilidad médico-sanitaria, no existe ningún baremo indemnizatorio que incluya los daños morales derivados de los corporales -como sí ocurre en otros ámbitos, en los que es el propio legislador quien ha puesto precio de forma objetiva a este tipo de daños morales derivados de los corporales a través de un baremo inclusivo de aquéllos (como es en materia de circulación de vehículos a motor)-. Según el baremo de tráfico, el resarcimiento por daño moral inherente al corporal, ya va incluido en la valoración de los puntos correspondientes a las lesiones físicas, por lo que no cabría un cómputo separado del mismo, salvo que el daño sea muy relevante³⁸⁵, o se entienda que concurren padecimientos no comprendidos en ellas³⁸⁶. De tal manera que, dado que es de aceptación general su aplicación como instrumento de valoración objetiva en ámbitos diferentes, como es el de la responsabilidad sanitaria, esta tipología del daño moral es la que menos problemas plantea³⁸⁷, al poderse instrumentar su indemnización con el citado baremo.

en su grado de parentesco, permanente convivencia familiar con el perjudicado del que había de ser no sólo apoyo económico sino, sobre todo, afectivo". O la STS de la misma Sala, de 20 de febrero de 1993 que expuso que "la muerte de una persona, respecto de sus familiares más directos (el cónyuge o persona que con la víctima viva de manera estable, los hijos y los padres, estos últimos con carácter subsidiario o no, según las circunstancias), es innegable que produce un daño moral. Es decir, la llamada 'pecunia doloris' en estos casos es tan patente que no necesita de argumentación alguna para justificar su existencia".

³⁸⁴ Es el equivalente en la *Common Law* de la figura inglesa *pain and suffering* en cuya virtud se ordena la reparación de todo sufrimiento, sea mental o físico, experimentado a consecuencia de lesiones personales; equiparando dolor y sufrimiento. No obstante se ha planteado que son dos los tipos de padecimiento a que se refiere esta figura. Por un lado, *pain* alude al dolor físico y a la molestia atribuible al daño en sí mismo, mientras que por *suffering* cabría entender la repercusión mental que la víctima sufre como consecuencia del daño (ansiedad, preocupación, miedos, angustia...). BARRIENTOS ZAMORANO, M. (2007). Pág. 147.

³⁸⁵ Así lo entiende la STSJ Madrid núm. 656/2012, de 20 de Septiembre de 2012.

³⁸⁶ En ese sentido, la STSJ Madrid. Núm. 669/2014, de 30 de Septiembre de 2014.

³⁸⁷ No cabe, sin embargo, confundir incapacidad con *pretium doloris*, pues ambas no tienen por que ser equivalentes o proporcionales, ya que puede haber limitaciones muy graves que no ocasionen dolor y a la inversa incapacidades muy breves con intensísimos dolores y padecimientos. Así pues, han de valorarse independientemente.

Por el contrario, no ocurre lo mismo con el dolor emocional, que nace en el terreno íntimo y espiritual de cada persona. Dada esa subjetividad, por su carácter afectivo y psíquico, no existen parámetros o módulos que permitan su objetivación, lo que conduce a valorarlo haciendo uso de “la razón” (que, igualmente, siempre tendrá un cierto componente subjetivo). Ello exige del órgano que lo ha de valorar y cuantificar una ponderación de las circunstancias que previsiblemente puedan afectarle, tratando de evitar, naturalmente, cualquier exceso que pueda contenerse en la petición de indemnizaciones que se plantea.³⁸⁸ En este sentido, dolor no es equivalente a daño, por lo que habrá que valorar qué razones determinan que sí pueda ser calificado como daño.

En el ámbito de la asistencia sanitaria, se reconoce jurídicamente relevante el dolor como tal, en sus dos vertientes, por ejemplo, en los siguientes supuestos:

El sometimiento a más de una intervención quirúrgica por causa de mala praxis constituye una lesión en sí misma, aun cuando no se hayan derivado consecuencias de las mismas. Así lo ha entendido la A.N. en Sentencia de 7 de Marzo de 2001 (recurso nº 175/2000) en la que considera que el resultado lesivo consiste en *“la necesidad de que el recurrente se haya debido someter a dos nuevas intervenciones quirúrgicas, lo que en sí mismo supone ya un determinado grado de sufrimiento e incertidumbre en cuanto al resultado, que en el caso de la recurrente ha sido acompañado de un trastorno por estrés postraumático como se acredita con el informe aportado”*.

El hecho de tener que soportar una intervención como consecuencia de un hecho lesivo ha sido incorporado al nuevo baremo de tráfico como un concepto indemnizatorio con entidad propia, dentro del “perjuicio personal particular” de las lesiones temporales correspondiente a la indemnización por pérdida temporal de calidad de vida. Compensa el perjuicio moral particular que sufre el perjudicado por el impedimento o la limitación que las lesiones sufridas o su tratamiento producen en su autonomía o desarrollo personal. Con respecto a las intervenciones quirúrgicas, para poder valorar la cuantía indemnizatoria derivada de una operación, se establece que habrá de atenderse a las características propias de la misma, la complejidad de la

³⁸⁸ Por ello, la jurisprudencia se ha decantado por una valoración global –STSS de 20 de octubre de 1987 (RJ 8676), 15 de abril de 1988 (RJ 3072) y 1 de diciembre de 1989 (RJ 8992)- que derive de una *“apreciación racional aunque no matemática”* –STS de 3 de enero de 1990 (RJ 154)-.

técnica quirúrgica y el tipo de anestesia, señalándose en la Tabla 3B del baremo una horquilla de entre 400 € y 1.600€³⁸⁹

Error en la extremidad intervenida: Es el caso, por ejemplo, de la STS (Sala 1ª) 18 de Noviembre de 2002³⁹⁰: la paciente requería cirugía para tratar su gonartrosis y dado que la rodilla izquierda era la que le causaba mayor dolor al caminar, se decide operar ésta. Sin embargo, por error se interviene la derecha, lo que impide que se pueda intervenir la izquierda hasta pasados unos meses, teniendo que soportar en consecuencia el mayor dolor que le producía esta rodilla. Denegada la indemnización en primera instancia, se estima el recurso de apelación concediendo una indemnización de 3.000€, y el Tribunal Supremo confirma esta sentencia por entender que si bien la intervención fue ajustada a *lex artis*, intervenir por error primero la rodilla derecha provocó que hubiera de padecer más tiempo por la izquierda. Se configura el daño como la diferencia entre el dolor que hubo de soportar desde que fue intervenida de la rodilla equivocada hasta que pudo ser intervenida nuevamente de la izquierda, con el dolor previsiblemente inferior que habría padecido si se hubiera intervenido primero de ésta. Lo controvertido aquí es la determinación de la cuantía a indemnizar, poniéndose de manifiesto en la sentencia cierto ánimo de sancionar el negligente error del cirujano, al reconocer una indemnización elevada en comparación a casos similares.

Dolor emocional por las lesiones físicas causadas con ocasión de una asistencia: Así lo expresa, entre otras, la STSJ Extremadura 155/2015, de 21 de Julio de 2015: La reclamante estima que el deficiente funcionamiento de la Administración Sanitaria le ha ocasionado un cuadro de trastorno de ansiedad generalizada además de un daño moral, por cuanto para analizar la sensibilidad dérmica, para ser tratada del lumbago que sufre, se le realiza una pasada por su piel con una aguja que le causa lesiones sangrantes inicialmente, totalmente visibles tras varios años. El Tribunal considera inadmisibile y reprobable tal actuación, pues la paciente entra a consulta con dolor lumbar y sale con cinco heridas punzantes en muslos y glúteos, señalando que *“es obvio que cualquier mente estable ha de verse alterada y necesariamente ha de sufrir un trauma que le genere un stress posterior y una ansiedad cada vez que acuda a una consulta médica”*. Entendiendo absolutamente probado, por el propio devenir de los hechos, el dolor emocional de la reclamante

³⁸⁹ Art. 140 de la Ley 39/2015, de 22 de Septiembre.

³⁹⁰ Es objeto de estudio en LUNA YERGA, A. (2003).

referido a su propia dignidad como persona, y de los sufrimientos físicos y psíquicos, se indemniza con 2.000€ por el daño moral causado.

3.1.2.- El perjuicio estético

El *pretium pulcritudinis* o perjuicio estético, ocasionado por los daños a la armonía física o estética corporal del perjudicado en el rostro o en otras partes del cuerpo, puede definirse como aquel que sufre la persona en su aspecto, en relación con los cánones sociales de belleza; siendo una de las posibles consecuencias del daño corporal, que, por su repercusión en la esfera interior y social del individuo, se presenta como otra de las manifestaciones del daño moral, (pues es moral su componente, y de hecho es lo que constituye la clave en su resarcimiento)³⁹¹. Tal perjuicio resulta resarcible en cuanto supone una vulneración del derecho a la conservación de la propia fisonomía, como alteración de la integridad corporal. No ha lugar a dudas que la belleza y la estética, así como la impresión que tiene uno de sí mismo son cuestiones totalmente subjetivas pero, por contra, este daño ofrece la ventaja de que, al exteriorizarse, cumple los requisitos de certeza y efectividad, probándose con su propia realidad, lo que facilita la apreciación por el Tribunal a simple vista.

El perjuicio estético se deriva de una alteración física, consistente en una deformidad³⁹² o fealdad³⁹³, pudiendo tratarse de un menoscabo estático (cicatrices, pérdidas de sustancias, de cabellos o piezas dentarias, costurones, manchas, alteraciones de la pigmentación) o dinámico (claudicación o pérdida de la euritmia - armonía de los movimientos-, tics nerviosos, cojera), como en general en cualquier tipo de defecto físico que altere peyorativamente la apariencia externa del ofendido, degradando su aspecto y su natural conformación anteriores al hecho lesivo. Perjuicios que, en el ámbito sanitario, se extienden también a la necesidad de tener que hacer uso de prótesis, órtesis u otros elementos como pañales o sondas.³⁹⁴

³⁹¹ MEDINA CRESPO pone de relieve el carácter indefectible del componente moral y por el contrario eventual del patrimonial. MEDINA CRESPO, M. (2002). Pág. 14-16. *“El perjuicio estético se resarce, no por el sustrato de su consistencia (daño biológico) sino por su consecuencia, hasta el punto que, cuando la autonomía conceptual del daño biológico (daño psicofísico) y del daño moral (consecuencias extrapatrimoniales del daño biológico) se traduce en su autonomía resarcitoria, el perjuicio estético no resulta afectado de tal separación, pues en cualquier caso se repara como una especie de daño moral”*. MEDINA CRESPO, M. (2001). Pág. 13.

³⁹² Diferencia notable en la forma del cuerpo u órgano o parte de él, como consecuencia de lesiones atroficas, traumatismos o vicios funcionales.

³⁹³ Carencia de belleza o hermosura según el modelo de beldad (modificación peyorativa de la imagen de la persona).

³⁹⁴ Así en la STSJ Madrid núm. 356/2015, de 22 de Mayo de 2015: relativa a un paciente que acude en numerosas ocasiones a Urgencias manifestando intensos dolores, parestesias e hipoestesias, y pese a

Este menoscabo constituye un verdadero daño moral, que se manifiesta en el ámbito del presente estudio cuando, con ocasión de la asistencia sanitaria, se reclama por las consecuencias de una lesión en la estética del paciente, aspecto que es el que aquí nos interesa, dejando a un lado su repercusión biológica o patrimonial.³⁹⁵

Se trata de un concepto cuya relevancia jurídica trasciende principalmente en el Derecho Civil y Penal (de hecho, tiene su origen en el significado dado al término deformidad que se recoge en el Código Penal), y que es igualmente reconocido en el ámbito Contencioso-Administrativo, siendo la Jurisprudencia la que una vez más se ha ocupado de desarrollar su contenido³⁹⁶, y de la que se extraen las siguientes características:

- Es indiferente que el perjudicado sea mujer o varón³⁹⁷, con independencia de su profesión o edad (en aquellas profesiones que se sirven del físico: modelo, actor, atención al público, etc... los perjuicios se trasladan al ámbito patrimonial, en cuanto al lucro cesante y el daño emergente); la valoración ha de realizarse por tanto "en abstracto" a fin de primar la objetividad.
- Ha de ser permanente o insubsanable, sin perjuicio de eventuales posibilidades de mejora con tratamientos futuros.

existir evidencias en RMN de compromiso medular no se la interviene, causándole gravísimas lesiones. Se estima en 24 puntos el perjuicio que supone el uso de pañales y ocasionalmente sonda (se había señalado también dentro de este concepto el entorpecimiento evidente de la forma de caminar), todo ello independientemente de la edad de la reclamante. Además, se reconoce como perjuicio estético moderado el uso de una silla de ruedas con 10 puntos en el Dictamen 25/15, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid de 28 de Mayo de 2015.

³⁹⁵ Puede afectar no sólo a la funcionalidad corporal o dar lugar a una alteración funcional del organismo, sino también al estado anímico y psíquico, a la capacidad laboral, a la capacidad para la vida afectivo-familiar y sexual, a la capacidad para la vida de relación, a la capacidad de formación de la persona, etc.

³⁹⁶ A este respecto, resulta de interés la STS del 26 de Mayo de 1984 :*"El concepto de deformidad, que no coincide exactamente con el sentido o significado médico-legal del vocablo, equivale a toda irregularidad física, visible o permanente, o bien el estigma o tara fisiológica consecutivos o residuales respecto a las lesiones anteriores, y que sin convertir al sujeto pasivo en un monstruo, adefesio o esperpento, le hace perder su aspecto periférico normal de un modo perceptible o apreciable de visu, afectando a su anatomía externa y no a su intelecto, de manera duradera, sin que en el transcurso del tiempo, subsane el defecto de que se trata, pudiendo recaer la imperfección en el rostro o en el resto del cuerpo y que puede consistir en cicatrices, pérdida de sustancia, de cabello o de piezas dentarias, costurones, manchas, malformaciones, claudicación... como en general cualquier defecto físico que altere peyorativamente la apariencia externa del ofendido, menoscabando su natural conformación anterior al hecho delictivo, siendo intrascendente la edad, el sexo o profesión del sujeto pasivo, ya que toda persona tiene derecho, a un aspecto no repulsivo o que resulte disforme o imperfecto, como consecuencia de un acto agresivo, casos confusos o límites, por la poca extensión o perceptibilidad del estigma y en el quantum de la indemnización".*

³⁹⁷ El criterio igualitario llegó después de la aplicación desigual de valoraciones a hombres y mujeres, poniéndose fin al mismo tras declararse su carácter discriminatorio del mismo, primándose el componente funcional o fisiológico de la lesión. Sin embargo, el mismo texto incluye como factor corrector extraordinario de los perjuicios estéticos importantes la mayor consideración de gravedad para la mujer; introduciendo, igualmente, el criterio de la incidencia en la imagen para la profesión habitual.

- Debe ser física y ostensible (aunque se encuentre en zonas que habitualmente se tapan con prendas de vestir; y sin perjuicio de que en la valoración se dé mayor valor a las que se encuentran en zonas visibles).

Al igual que en el terreno de los sufrimientos, la valoración del daño estético plantea el problema de la subjetividad de su estimación; pues se trata de valorar un daño que si bien -como hemos referido-, es objetivable (la alteración de la estética), su apreciación cuantitativa es subjetiva (importancia de esa alteración), tanto para el lesionado como para el que ha de indemnizar tal menoscabo, siendo variable en función de cada momento social, lo que dificulta la tarea. Y si bien, por ello, han de tenerse en consideración apreciaciones que trascienden de lo estrictamente médico, resulta fundamental contar con la opinión de un perito.³⁹⁸ De tal forma, que su aportación será un valor a tener en cuenta por el juzgador en la cuantificación del daño, al ponerle en bandeja un importante y cualificado elemento de juicio; y su ausencia podrá ocasionar una valoración a la baja, por carecer de esa pericia.³⁹⁹

En cuanto a su evaluación económica, en Europa existe una enorme disparidad de criterios.⁴⁰⁰ En nuestro país, como en otros, una vez más, el baremo empleado para la indemnización de lesiones derivadas de los accidentes de tráfico contenido en el Real Decreto Legislativo 8/2004 –actualmente regulado por Ley 35/2015, de 22 de Septiembre de “Reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios Causados a las Personas en Accidentes de Circulación”- aparece como la herramienta principal para peritos y juzgadores, al recoger expresamente la tasación del daño

³⁹⁸ Tanto en el proyecto de Baremo Europeo como en los proyectos iniciales en España, los respectivos comités de expertos vienen señalando que la valoración del perjuicio estético, como el de ocio, sexual o juvenil, son situaciones que superan la labor objetiva del perito, entendiéndose que no se les puede imponer la realización de valoraciones que no son propias de su ciencia, sino más bien de carácter socio-cultural. Sin embargo, la realidad pone de manifiesto el importante papel de la pericia en estos casos, y así ha sido puesto de relieve por la Doctrina, como es por ejemplo el Dictamen 214/13, de 29 de Mayo de 2013 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. Resalta igualmente su conveniencia VICENTE DOMINGO, E. (1994). Pág. 296.

³⁹⁹ Así ocurre en el Dictamen 196/14, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid de 7 de Mayo de 2014, en el caso de una intervención quirúrgica por lesión sólida hepática, ocasionándole durante la misma al paciente un hemotórax derecho con repercusión hemodinámica secundaria a lesión vascular. Acreditada la relación causal y la antijuricidad del daño, se reconoce la indemnización de los días de hospitalización según baremo, y en cuanto a las cicatrices, a falta de prueba alguna presentada por el reclamante que permita la adecuada valoración de las mismas, se reconoce el perjuicio estético en su menor grado (ligero).

⁴⁰⁰ Así, mientras que países como Bélgica, Luxemburgo, Italia y Francia, es esencial la peritación médica; en Gran Bretaña, Alemania, Irlanda o los Países Bajos, la cuantificación la realiza el juez a partir de la descripción detallada de las dolencias y secuelas realizada por un médico. En Francia, el perjuicio estético es atribuido en función de las consideraciones médicas mediante una escala -numérica y calificativa- de siete grados. En el modelo inglés, la horquilla es tan amplia que difícilmente puede hablarse de baremo, y se basa en la jurisprudencia.

estético, a través de un sistema de puntos en función de una escala de grados, que contempla criterios para su aplicación.⁴⁰¹

3.2.- DAÑOS INDIRECTOS

3.2.1.- El fallecimiento de un familiar o persona allegada: el *pretium mortis*

Como vimos en el capítulo anterior, el fallecimiento es fuente de varios debates jurídicos, especialmente en cuanto a los problemas que plantea la legitimación para reclamar en relación a la determinación de sus consecuencias lesivas; planteando una segunda cuestión no menos interesante, cual es la determinación del concreto daño que se deriva del hecho luctuoso.

El fallecimiento de un paciente tras ser atendido por uno o varios centros sanitarios motiva con frecuencia la presentación de una reclamación, cuando sus familiares consideran que se ha ocasionado por una deficiente asistencia en general (por todo el proceso asistencial en su conjunto, por descoordinación, demora o error que se arrastra...), por un concreto acto sanitario (por ejemplo, una intervención, un tratamiento o un error en la medicación), o bien porque no se emplearon todos los medios para evitar que tal fallecimiento ocurriera. Es un claro supuesto en el que un daño físico –irreparable- conlleva un daño moral a las personas que sufren tal pérdida personal, constituyendo una de las causas más frecuentes de reclamación por daños morales, junto con la falta de información o consentimiento informado (reclamación en la que, en no pocos casos, subyace el normal sentimiento de frustración ante la pérdida inevitable de un ser querido).

Como vimos en el capítulo relativo a la legitimación, se trata de uno de los supuestos llamados daños indirectos o “*per ricochet*” (de rebote), donde si bien el daño principal es directamente sufrido por una persona concreta (el paciente que fallece), ocasiona indirectamente consecuencias dañosas a otro u otros, pudiendo éstos reclamar por

⁴⁰¹ El primer baremo aparece en 1989 y recoge expresamente supuestos de daño estético desde el punto de vista dermatológico. Desde entonces el término de perjuicio estético ha sido reconocido como el más adecuado para designar, en el campo de la responsabilidad civil, las secuelas relativas a la imagen corporal. El baremo de 1991 se refería al perjuicio estético en un capítulo especial, que clasificaba las secuelas estéticas en siete grados, de ligero a considerable. Además, diferenciaba explícitamente la puntuación según fuera el sexo de la víctima, y añadía que para las situaciones especiales con deformidades o cicatrices visibles importantes, la puntuación se determinará teniendo en cuenta la edad y el sexo de la persona, así como la incidencia en su imagen para la profesión habitual, y que se valorará también el coste de las intervenciones necesarias de cirugía plástica reparadora. A partir de esta situación apareció el baremo de 1995, que asumía y modificaba parcialmente al anterior. El capítulo especial se diferencia del de 1991 en dos aspectos: unifica la doble escala según la víctima fuera hombre o mujer, y pasa a ser de carácter vinculante para los jueces en los casos debidos a accidentes de circulación.

tales daños por derecho propio (*in iure proprio*)⁴⁰²; es decir, por el perjuicio personal causado a quien se encontraba con el difunto vinculado con un lazo por “*vínculos próximos de familia, afectos, relaciones de convivencia real, dependencia económica u otras situaciones de recíproca asistencia y amparo que determinen real y efectivamente perjuicios derivados directamente de la muerte producida*”.⁴⁰³

Acreditado el hecho del fallecimiento, los Tribunales presumen como cierta la existencia del daño moral que ello supone a sus familiares o allegados sin necesidad de prueba alguna, admitiéndose como un supuesto de lesión indemnizable, a pesar de su difícil valoración económica⁴⁰⁴. En estos supuestos, cuando no se reclama ni acredita la dependencia económica de los reclamantes respecto del finado, el daño se circunscribe al estrictamente moral; daño personalísimo, que sólo puede ser reclamado por quien lo sufre, o por un tercero, siempre que aquél le hubiera conferido su representación o, en el caso de ser menor o incapacitado, ostente su representación legal, o bien cuando se produce la sucesión por transmisión hereditaria.⁴⁰⁵

3.2.2.- Daño moral de rebote por lesión física de un familiar o persona allegada

Como también analizamos en el capítulo relativo a la legitimación, ante una lesión corporal, es lógico y manifiesto que es quien la sufre directamente quien podrá reclamar tal daño; sin embargo en determinados supuestos, por la gravedad de la enfermedad o lesión, ese daño ocasiona indirectamente a otras personas una serie de perjuicios “de rebote”; en especial a los allegados, que no sólo sufren una alteración “sustancial” en su vida y convivencia, a causa de ese daño originario y derivada de los cuidados y atención continuada requerida por el enfermo, sino que además van a sobrellevar un daño emocional al ver padecer a su ser querido.

Es indudable que los padres de un menor aquejado de graves dolencias sufren dolor y padecimiento emocional y psíquico, al ser testigos permanentes de la grave situación de su hijo, sin contar con las limitaciones de toda índole que supone para ellos esa situación. Tal sufrimiento comporta un verdadero daño moral que ha sido reconocido

⁴⁰² Admitido unánimemente que la muerte ocasiona daños morales a terceros, se ha discutido de forma incansable si, además, puede entenderse que causa un daño al propio paciente (debate del que nos hacemos eco en el capítulo referido a la legitimación).

⁴⁰³ Así lo señala la STS 4 de Noviembre de 1999. En el mismo sentido, entre otras muchas, la STSJ de Navarra núm. 1089/2003, de 17 de Octubre de 2003.

⁴⁰⁴ Al respecto, podemos citar las STSS de 29 de Febrero de 1972, 12 de Marzo de 1975, 27 de Noviembre de 1993, 19 de Noviembre de 1994 y 28 de Febrero de 1995.

⁴⁰⁵ Vid. por todas, la STS (Sala 3ª, Sección 6ª) de 30 de Diciembre de 2002.

por la Jurisprudencia como resarcible; y como daño moral que es, cuando no puede ser probado objetivamente, los Tribunales suelen entender acreditado por la presunción que nace del “*prudente criterio, resolviendo jurídicamente con pragmatismo y aproximación*”⁴⁰⁶, es decir poniéndose en la situación del perjudicado indirecto.

El resarcimiento de este tipo de daño ha encontrado aval, una vez más, en el sistema orientador de los daños originados por la circulación de vehículos a motor, en cuanto a la valoración de los daños y perjuicios donde se contemplan las “lesiones morales de familiares”. Y sin perjuicio de que su invocación es, en muchos casos, desacertada por parte de los reclamantes, que aluden a ese daño en cualquier supuesto de enfermedad de un familiar (incluyéndose como interesado en la reclamación que hace el paciente como perjudicado directo); lo cierto es que, cuando se dan los necesarios requisitos de gravedad de la lesión y sobre todo una repercusión en la vida del allegado o familiar, son habituales los supuestos en los que se indemniza por este concepto en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria, especialmente en lesiones asociadas a partos (indemnización que trata de paliar el quebranto moral de los padres considerando también los mayores gastos que la situación entraña).⁴⁰⁷

En estas circunstancias, cabe aducir también la necesidad de haber tenido que recibir tratamiento en las Unidades de Salud Mental debido al dolor que se produce ante determinadas situaciones familiares, en las que uno de sus miembros está sufriendo algún proceso patológico; tratamiento que en caso de estar acreditado mediante el oportuno informe va a permitir objetivar el daño al llevarlo al terreno de lo psicofísico, facilitando con ello su reconocimiento.⁴⁰⁸

4.- DAÑOS MORALES AUTÓNOMOS:

4.1.- LA INQUIETUD, ZOZOBRA Y OTROS ESTADOS DE ÁNIMO

⁴⁰⁶ En este sentido, las SSTS 9 de Mayo de 1984, 5 de Octubre de 1998 y 26 de Noviembre de 1999.

⁴⁰⁷ Como ejemplo, cabe citar la SAP Pontevedra, de 28 de Octubre de 2015, sobre reclamación por las graves secuelas padecidas por un bebé al no actuarse correctamente en el momento previo al parto (se demora la inducción al parto, pese a no ser normales los registros, lo que tiene graves consecuencias físicas para el bebé). La Audiencia reconoce una indemnización de 900.000€ para la menor y 100.000€ por el daño moral padecido por los padres. O bien, la STSJ Madrid, núm. 265/2014, de 10 de Marzo de 2014: en el caso de responsabilidad patrimonial por graves lesiones medulares en neonato a causa del uso incorrecto de fórceps, no realizando cesárea. En este caso, igualmente, se reconoce por el Tribunal una indemnización de 600.000€ para el menor y 75.000€ en concepto de los daños morales causados a los padres.

⁴⁰⁸ Así ocurre en el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 430/15, de 30 de Septiembre de 2015, donde el hijo de 13 años reclama por haber padecido, teniendo que ser tratado un mes, una reacción adaptativa depresiva ante los padecimientos de su madre, cuantificándose la indemnización por los días de tratamiento como días no improductivos, según el Baremo de Tráfico.

Si bien se trata de uno de los supuestos más espinosos, dada la dificultad de acreditar su efectividad y certeza, son bastantes los casos en los que basándose en la presunción y el conocimiento de la naturaleza humana, se reconoce al perjudicado el derecho a ser resarcido por lesiones de índole anímicas o psíquicas ocasionadas a raíz de una actuación sanitaria, con independencia de que hayan existido daños físicos. Se trata, en muchas ocasiones, de indemnizaciones más bien simbólicas, que parecen encubrir una sanción a los Servicios Sanitarios (“castigo” que realmente sería efectivo si esas indemnizaciones hubieran de abonarse directamente por los Centros Sanitarios; lo que no suele ocurrir, pues al estar normalmente cubiertas por la póliza de seguro de responsabilidad civil de la Administración, es la Aseguradora quien las paga a cuenta de la misma).

La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable *“consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico [...] o espiritual, [...] impotencia, zozobra, ansiedad, angustia”*; es decir, estados de ánimo permanentes o de una cierta intensidad⁴⁰⁹. Sin embargo, también ha afirmado el TS que por daño moral *“no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave”*⁴¹⁰. A la vista de ello, se hace necesario distinguir en primer lugar el daño moral puro del daño psicofísico, pues si bien este último puede ser objetivable médicamente (como es el caso de la depresión, estados de ansiedad o angustia prolongada), exigiéndose para su valoración su acreditación mediante los oportunos informes médicos en los que conste diagnóstico y tratamiento de dichos daños; el primero se desarrolla en el ámbito subjetivo, por lo que su apreciación siempre va a ir acompañada de una labor de evaluación del juzgador. Y una vez descartado el daño psicofísico, habrá de valorarse la entidad del daño moral alegado, para determinar si es o no jurídicamente relevante, lo que no resulta nada fácil.

Habida cuenta de la diversidad de situaciones que se presentan en la práctica, la jurisprudencia ha sido incapaz de determinar con criterios fijos, cuándo existe dicho estado en el sujeto pasivo del daño o cuándo, por el contrario, se trata de presuntas alteraciones del ánimo para las que difícilmente pueden encontrarse parámetros de detección y ponderación, y que por lo tanto no son susceptibles de incluirse en el concepto de daños morales⁴¹¹; por lo que, también aquí, habrá de estarse al supuesto

⁴⁰⁹ STS (Sala 1ª) de 31 de Mayo de 2000.

⁴¹⁰ Así se explica en STS (Sala 1ª) de 14 de Marzo de 2007, STS (Sala 3ª) de 3 de Octubre de 2000.

⁴¹¹ Como ejemplo, se estima existente ese sufrimiento psíquico grave como daño moral, concurrente independiente de la valoración económica del órgano perdido o del coste del tratamiento frustrado en los

concreto. Lo que se vislumbra en todo caso es que cuando los Tribunales están reconociendo virtualidad jurídica a una sensación anímica, se están poniendo en el lugar del perjudicado –especialmente, cuando la gravedad de los hechos es manifiesta-, otorgando un mayor reconocimiento jurídico a su posición como paciente, a diferencia de la de años atrás (es claro, por ejemplo, el caso en que se indemnizan “las incomodidades y preocupaciones propias del diagnóstico de la infección padecida” en una intervención de cataratas, en las que no se han aplicado las medidas profilácticas adecuadas; o el sufrimiento ante la necesidad de someterse a una evisceración con la pérdida del ojo⁴¹²).

Con este cambio de percepción de los Tribunales y Órganos Consultivos, se da sentido y respuesta jurídica a situaciones como la denominada “zozobra”, que se ha convertido en un concepto empleado cada vez con mayor habitualidad en dictámenes y sentencias, en el que se incluye la *“sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre por la que aquella mala asistencia depara al enfermo, al percibir por todo ello no sólo que su patología no se le trata con la debida terapia, sino que lo que más le desazona es que ello suponga una agravación de su dolencia en el futuro”*.⁴¹³ Es objeto de resarcimiento en estos supuestos el carácter

casos de esterilización por diagnóstico erróneo o demora en la asistencia (STS -Sala 1ª-, de 8 de Noviembre de 2007), en los casos de lesiones dermatológicas crónicas derivadas de implante capilar carente de información previa sobre su real grado de dificultad y los riesgos inherentes a la intervención (STS - Sala 1ª-, de 4 de Octubre de 2006), y en general, en todo supuesto en que se produzca un daño corporal susceptible de secuelas futuras. Por el contrario, no se ha considerado concurrente el requisito en los casos de demoras en la asistencia sin lesiones corporales subsiguientes, ni en la omisión de conductas cuya finalidad trasciende a la procura de la salud y el bienestar, aun psicológico, del paciente, y que tienden únicamente a confortarlo anímica o espiritualmente o a hacer más benigno el trance de la muerte desde un punto de vista estrictamente humanitario, solidario o espiritual y, en general, de forma triste y paradójica, de otros deberes éticos situados en la esfera moral (STS de 5 de Diciembre de 2006).

⁴¹² Caso que contempla la STSJ Madrid 40/2016, de 29 de Enero de 2016.

⁴¹³ Desarrolla el concepto la STS (Sala 1ª) núm. 2879/1995, de 22 de Mayo de 1995, al señalar que “(..).debe entenderse como indemnización del perjuicio moral, ciertamente incalculable, pero que entendemos que con ello se trata de indemnizar la zozobra que en el paciente causó la inatención y el progresivo deterioro de su salud, lo que le llevó a requerir otros servicios médicos, zozobra que de alguna manera, también se hubiera dado, si hubiera sido ingresado en Cruces, mientras se le realizaban las pruebas hasta que se le detectase el cáncer, pero que ante la inatención le obliga a tomar la decisión de acudir a otro Centro Hospitalario, atendándose además para su moderación a lo expuesto en cuanto a su incidencia a lo largo de este fundamento”; y esta Sala no tiene sino que resaltar el acierto de sustantivar “nominatim” el Tribunal “a quo” para integrar la siempre dificultosa noción del daño moral en materia de una deficiente asistencia sanitaria; no sólo en el pacífico y singular evento o contingencia siempre acontecida del sufrimiento o dolor inferido al paciente, sino en la denominada zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre por la que aquélla mala asistencia depara al enfermo al percibir por todo ello tanto que su mal no se le ataja o se le trata con la debida terapia, sino lo que más le desazona, que esa irregularidad intensificará aún más en el futuro la gravedad de su dolencia; sin que por lo demás, se reitera, ese discurso de conformación de los conceptos relativos al daño moral, tras y para su ordenada transcendencia o valoración económica, puedan verse desbordados o expansionados por el objetivo del recurso, -con un alarde profesional merecedor empero de elogios-, de especular sobre la referida zozobra en una singular visión del recurrente según que la misma, como se estima por éste, ha persistido tanto “in actu” cuando la asistencia se recibió como “ex post” a su término iniciador del peregrinaje a otros centros sanitarios, porque la Sala con acierto expone que esa sensación lacerante o erosionante concita sobre sí un único, en cierto modo, síndrome generador del atributo del

lacerante o erosionante de las sensaciones anímicas que sufre el paciente, ante diversos supuestos de deficiencias o irregularidades en la asistencia que le es dispensada, incluido el peregrinaje a centros hospitalarios, situaciones que ejemplificaremos a continuación:

4.1.1.- Los falsos positivos o falsos negativos

Bajo este supuesto es indemnizable la angustia que pasa el paciente ante las dudas generadas por el error de los Servicios Públicos Sanitarios relativas al padecimiento de una enfermedad de extrema gravedad. Nos referimos a los llamados “falsos positivos” o “falsos negativos”, en los que por equivocación se hace creer al enfermo que padece o que no padece cierta enfermedad, en contra de lo que realmente es; error que se descubre posteriormente en la misma Sanidad Pública o bien acudiendo a un centro privado (considerando el reclamante que, de no haber acudido a esa segunda opinión, podría estar muerto o seguir pensando que tenía una enfermedad y ello con independencia de que, al final, no hayan existido daños físicos).⁴¹⁴

Con respecto al error diagnóstico de enfermedades⁴¹⁵, la jurisprudencia apunta ciertas especialidades en lo relativo al daño moral, de tal forma que exige para obtener su reparación tres grandes requisitos:

a) Evidencia empírica del daño alegado: Sería el caso por ejemplo del virus del SIDA, cuya entidad es de tal gravedad, que resulta suficiente para sostener la existencia de un daño moral.⁴¹⁶

b) Gravedad del daño: La jurisprudencia española, al igual que la americana, exige que el daño moral generado por el error diagnóstico sea grave para que sea indemnizado. Esta gravedad viene determinada por diversos factores, que han de ser

resarcimiento, aspecto éste, que, en caso alguno, puede ser objeto de revisión en Casación, por lo cual, con el rehúse del motivo procede la desestimación del recurso...

⁴¹⁴ Es por ejemplo, el caso que recoge el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 181/10, de 30 de Junio de 2010. Se produce un error de diagnóstico al interpretar erróneamente una ecografía, informando que la tiroides es de morfología y tamaño normal sin imágenes nodulares, cuando tenía un nódulo tiroideo que hubo de serle extirpado con el diagnóstico anatomopatológico de carcinoma folicular de tiroides. Se reconoce la indudable concurrencia de una situación de zozobra y padecimiento psíquico ante las dudas generadas por el error de la Administración Sanitaria, relativas al padecimiento de una enfermedad de extrema gravedad, que se manifiestan en la propia preocupación de la reclamante cuando considera que de no haber acudido a la sanidad privada podría estar muerta, estimándose una indemnización de 3.000€.

⁴¹⁵ El error de diagnóstico puede provenir principalmente de tres causas: 1º) error por mal funcionamiento del centro sanitario, o por descoordinación o falta de medios 2º) mal funcionamiento del test o método de detección (por defectuoso funcionamiento del aparato, en cuyo caso habrá que examinar la responsabilidad del fabricante, o por no realizar correctamente la prueba o apartándose de la *lex artis*) y 3º) errónea lectura o interpretación del resultado del test.

⁴¹⁶ En este sentido, SAP Barcelona, 15 de Noviembre de 2001: “(...) *no cabe negar la inquietud y el impacto emocional que dicho resultado (falso positivo) pudo producir en el actor*”.

ponderados por el Tribunal (desde el tipo de enfermedad, a las pruebas médicas a las que se ha visto obligado el paciente a someterse, hasta el tiempo durante el cual se ha mantenido el error y las circunstancias personales del propio paciente).⁴¹⁷

c) Imputación jurídica: Los criterios de imputación permiten restringir los daños susceptibles de reparación, pues no todos ellos serán achacables al error diagnóstico, lo que conlleva la necesidad de determinar si jurídicamente puede establecerse el nexo causal con los Servicios Sanitarios. Así, por ejemplo, planteada la duda de si cabe apreciar relación de causalidad entre un falso positivo de VIH comunicado a una mujer embarazada que, al conocer la noticia, decide interrumpir su embarazo, la STSJ Navarra de 27 de Julio de 2000, concede una indemnización de 24.000.000 de las antiguas pesetas por el daño moral derivado de la pérdida del feto, apreciando relación de causalidad jurídica por la mera sucesión objetiva de los hechos.

Las cuantías de las indemnizaciones van a depender precisamente de las circunstancias en las que se ha desarrollado el equívoco e ignorancia de la verdadera realidad, la duración de dicha situación, la envergadura de la enfermedad y las consecuencias que ello ha supuesto al paciente⁴¹⁸, fijándose de forma arbitral por los Tribunales sin que, en la mayoría de los casos, se expliciten las razones para llegar a la correspondiente cuantía.

⁴¹⁷ Así, por ejemplo, el TSJ Madrid en Sentencia 191/2014, de 11 de Marzo de 2014, condena al abono de una indemnización por el impacto emocional sufrido de 50.000€ a una paciente afectada y 9.000€ a su familia por informarles de un diagnóstico de adenocarcinoma pulmonar que posteriormente resultó ser incorrecto; o la STSJ Región de Murcia, de 30 de Enero de 2015 que fija la indemnización en 50.000€ por un falso positivo de un linfoma No Hodgkin que realmente no padecía el reclamante.

⁴¹⁸ Como ejemplo de daño más leve, podemos citar la STSJ Madrid 779/2012, de 13 de Noviembre de 2012: En agosto de 2006 se diagnostica a la paciente de osteosarcoma de grado I de *Brothers*, pautando tratamiento de quimioterapia con dos ciclos y posterior cirugía. Meses más tarde, en enero de 2007, solicita una segunda opinión, indicándole la inexistencia de osteosarcoma o tumor maligno, no siendo por tanto preciso el tratamiento inicialmente prescrito. El Tribunal entiende sólo resarcible, como daño moral, el estado de grave preocupación y zozobra producido por la situación de espera del segundo diagnóstico durante un breve periodo de tiempo, lo que se valora en 2.000€.

De mayor gravedad, el que se trata en la SAP Navarra 88/2013, de 8 de Mayo de 2013, relativa a un paciente que es intervenido y tratado con quimioterapia por un adenocarcinoma de recto, recomendándole control evolutivo en tres meses (al haberse apreciado en TAC realizado en septiembre de 2007 la presencia de dos nódulos, uno de 7 cms. y otro de 3 cms.); pese a lo cual, el oncólogo decide llevar a cabo la revisión al año, sin apreciar lesión metastásica, aunque efectuándose con una máquina y una técnica diferente que en la anterior, y sin realizar TAC de tórax sino sólo una radiografía. Al año siguiente, con motivo de una gripe, en otra radiografía se aprecia una lesión pulmonar ya crecida, que dio lugar a que se adelantara la revisión, evidenciándose una lesión metastásica de cáncer de recto en el pulmón y aumento del tamaño del nódulo. Apreciada mala praxis en cuanto a las revisiones realizadas, la Audiencia entiende que junto al referido crecimiento del nódulo, tuvo lugar una necesidad de tratamiento y una zozobra e impotencia incrementada por el desconocimiento de la situación real y la mayor dimensión del nódulo, considerando que se trata de una "dolencia grave" el incremento de la angustia que la situación produjo, daño que se entiende acreditado suficientemente "*mediante la prueba de la realidad que le sirve de soporte*" (STSS Sala 1ª de 19 de Octubre de 1996, y de 15 de Febrero de 1994, entre otras). Se desestima el recurso ratificando así la indemnización de 25.000€ impuesta en la sentencia de instancia.

4.1.2.- El retraso diagnóstico o asistencial

Con independencia del daño corporal que pueda ocasionarse por el agravamiento o evolución de una enfermedad, con motivo o con ocasión de la demora de los Servicios de Salud en diagnosticarla, se da también el caso en el que, aunque no exista una repercusión corporal, el retraso indudablemente tiene una trascendencia moral. Así ocurre, por ejemplo, en el supuesto que resuelve la STSJ Madrid núm. 681/2014, de 25 de Septiembre de 2014: concretado el daño en el sufrimiento derivado de la enfermedad “*con tanto retraso diagnosticada*” –con fuertes dolores, náuseas y ansiedad-, así como la angustia derivada de riesgo de muerte que padeció, habiéndose prolongado la hospitalización, es calificado como “daño moral plenamente indemnizable”, cuantificándose su indemnización, “prudencialmente” en 10.000€⁴¹⁹

Otro ejemplo lo encontramos en el caso resuelto por Sentencia del JCA nº1 de Madrid, de 27 de Julio de 2015, acerca del retraso diagnóstico de cáncer de mama, al no notificar a la paciente los resultados de la mamografía realizada. No se considera acreditado que por parte del centro se dejara de llamar a la demandante a su teléfono móvil; pero sí se entiende probado, en cambio, que incurrió en un retraso al realizar la valoración de la mamografía, puesto que el resultado debería haber estado remitido a la paciente en un plazo de 15 días, y en cambio se tardó 37 días sólo en informar al médico. Después, no encontrando a la paciente en el teléfono que tenían, dejaron transcurrir un mes más, sin remitir el informe al médico de atención primaria como correspondía protocolariamente (lo que habría podido adelantar el diagnóstico). Sin embargo, también resulta innegable que la demandante tampoco se interesó por la prueba, tardando dos meses en preguntar por ella. En su consideración, no siendo cuantificable el empeoramiento del pronóstico, se condena al abono de una indemnización de 9.000€.

La zozobra ha sido objeto de indemnización igualmente en casos en los que se reprocha una demora en la asistencia a un paciente, ante la incertidumbre de no poder saber si una actuación más precoz habría evitado graves desenlaces. Así ocurre, por ejemplo, en el dictamen 505/2009, de 22 de Julio, del Consejo Consultivo de Andalucía, que versa sobre el fallecimiento de un paciente que tenía un tumor

⁴¹⁹ Igualmente, encontramos otro ejemplo en la STSJ de Castilla-León, de 23 de Junio de 2011, que concede una indemnización de 15.000€ como daño moral por la demora en recibir un tratamiento y por la necesidad de acudir a una clínica privada para ello, después de estar varios años recibiendo tratamiento en la sanidad pública (sólo se ofreció un tratamiento sintomático y sin atender a las causas de su hepatocarcinoma).

respecto al cual se reclama por el retraso en acudir los servicios de urgencia al domicilio (ambulancia). El Consejo concluye que el fallecimiento fue producto de la grave enfermedad que padecía (glioblastoma multiforme de cuerpo caloso), pero reconoce que hubo un retraso asistencial de unos 25 minutos (aun estando justificado por las especiales circunstancias del caso: la localidad de domicilio estaba fuera del ámbito de cobertura del EPES –Empresa Pública de Emergencias Sanitarias- y además era fiesta local), por lo que concluye que resulta indemnizable con 3.000€ “*la zozobra e incertidumbre*” que el retraso pudo provocar en los familiares acerca de si hubiera superado o no la crisis que padeció y si de esta forma podría haber vivido algún tiempo más.

Cada supuesto es, por lo tanto, distinto en función de las circunstancias específicas, por lo que, para no incurrir en desigualdades, la fijación de la indemnización, en estos casos, obliga a acudir al estudio de la tendencia jurisprudencial en sentencias similares, dada la dificultad de valorar este daño. No obstante, también aquí encontramos heterogeneidad de criterios, tal y como analizaremos más adelante en el capítulo referido a la valoración del daño.

4.1.3.- El extravío y la descoordinación en las pruebas diagnósticas

Junto a la zozobra ocasionada por los supuestos de error referidos, se presenta el caso en que el hecho generador de la misma viene dado por el extravío de las pruebas diagnósticas en enfermedades cuya gravedad determina la urgencia de conocer los resultados, provocando ese tiempo de retraso una angustia o afección moral de todo punto lógicas.

Este supuesto queda ilustrado en el Dictamen núm.228/13 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid de 5 de Junio de 2013, en el que se entiende acreditado el daño sufrido por la paciente al someterse a una intervención quirúrgica bajo anestesia general, que resulta parcialmente frustrada al ser extraviados parte de los resultados de la prueba de anatomía patológica susceptibles de determinar con seguridad el carácter cancerígeno o no del mioma que afectaba a la interesada. A dicho daño se suma como razonable la preocupación e incertidumbre sobre su patología, lo que fácilmente podría haberse evitado si se hubiera podido analizar la muestra extraviada por los Servicios Sanitarios. Como consecuencia del extravío, no sólo la realización de la mencionada intervención quirúrgica resultó infructuosa desde el punto de vista diagnóstico, sino que además generó en la paciente una incertidumbre sobre su patología, obligándola a someterse a una nueva intervención o bien a sucesivos

controles periódicos, considerando indudable la zozobra o angustia que ello lleva aparejado. En cuanto a la valoración, si bien la interesada reclama una cantidad global de 60.000 euros, sin desglosarla en conceptos jurídicos diferenciados; el Consejo Consultivo entiende que, de los términos de su reclamación, cabe pensar que esa cantidad incluye conceptos como la intervención quirúrgica de la que se extrajo la biopsia extraviada, los daños morales que alega y las posibles consecuencias que pudieran derivarse del extravío de la muestra. Se considera al respecto que deben excluirse de la indemnización lo que considera que no constituye daño efectivo, como son las secuelas o complicaciones que no se conocen, o la depresión en sentido estricto, al no haber aportado ninguna prueba en este sentido la reclamante; pero sí se reconoce la lógica preocupación y angustia, que no obstante se califica como “menor”, ya que inmediatamente detectado el extravío se puso en marcha un tratamiento sustitutivo cuya corrección no ha sido cuestionada por ninguno de los informes médicos obrantes en el expediente, puesto que la reclamante ha estado sometida a continuos controles médicos por los hospitales públicos. Por ello, teniendo en cuenta esos conceptos indemnizatorios y, aduciendo el Consejo la dificultad que siempre entraña la valoración de los daños morales, estima adecuada y suficiente la cantidad de 1.000€ para indemnizar los daños morales y materiales sufridos por la reclamante.

Como recuerda la Audiencia Nacional, *“el detrimento personal o patrimonial del perjudicado debe ser constatable en la realidad, cierto”,* y por tanto se excluyen *“los daños hipotéticos, eventuales, futuros o simplemente posibles, así como los contingentes, dudosos o presumibles, sin que se considere tal la mera frustración de una expectativa”*.⁴²⁰ Sin embargo, tomando el anterior caso, comprobamos que, si bien la depresión como daño psicofísico (que como estado patológico es diagnosticable) no da lugar a indemnización si no va acompañada de un elemento probatorio que acredite su existencia efectiva, para el caso de otras sensaciones humanas tan subjetivas como la preocupación, angustia o zozobra, que no resultan objetivables, se presumen como ciertas –sin necesidad de prueba alguna- por el hecho de ponerse en el lugar del que las padece, siendo objeto de indemnización como daño moral independientemente de que vaya aparejado a un daño corporal.

Asimismo, es ilustrativo también el Dictamen núm. 341/2014, del mismo Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, de 30 de Julio de 2014, referente a la reclamación de un paciente que tras haberle sido detectado en una prueba rutinaria un problema tumoral, tanto en el riñón derecho como en el uréter izquierdo, y después de

⁴²⁰ S.A.N. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 8 de Febrero de 2012.

varias pruebas, se diagnostica un tumor quístico en el riñón derecho y un urotelioma en el riñón izquierdo, ambos con elevadas probabilidades de malignidad. Establecida la necesidad de efectuarle dos intervenciones quirúrgicas, se le entrega como paso previo un volante para la realización de una angioresonancia que no debía exceder para su realización más allá de quince días. Tras no recibir noticias, solicita información sobre la realización de dicha prueba, siendo informado que no ha sido incluido en el listado de pruebas previstas para el mes siguiente, por lo que decide acometer las intervenciones en la sanidad privada, reprochando la falta de información y la sensación de ser olvidado por parte del Hospital con gran preocupación para él y su familia.

Considerado que ha existido un problema de coordinación y comunicación entre los distintos Servicios del hospital, que origina un estado de alarma en el paciente porque, sabiendo que presentaba cáncer, ha esperado un tiempo prudencial antes de decidir recurrir a la medicina privada, se entiende que el daño que se reclama puede ser indemnizable. Y ello, por cuanto si bien ni existe ni se reclama daño físico (pues el reclamante mantenía un seguimiento en una clínica privada paralelamente a la asistencia en el Hospital público, realizándose las mismas actuaciones que estaban previstas en éste), sí se entiende ocasionado un daño por la descoordinación en el funcionamiento del Servicio Público, al no solicitarse una prueba que había sido indicada al paciente, sin informarle de que finalmente no sería necesaria por considerar un facultativo del Servicio que existía una Resonancia Magnética que ya contenía imágenes de revascularización renal.⁴²¹ Esta circunstancia le produjo tal zozobra ante la incertidumbre y falta de noticias que le llevó a acudir a una clínica privada. Y si bien se rechaza la solicitud del abono de los gastos de la sanidad privada porque no medió pasividad o falta de diligencia prolongada de la Administración⁴²², valoración distinta merece el daño derivado de la incertidumbre o zozobra que le produjo la falta de noticias al paciente que esperaba la realización de esa prueba (angioresonancia), en el contexto del conocimiento de que padecía una enfermedad

⁴²¹ Lo que atenta contra la obligación de la Administración de velar por una adecuada protección de la salud que la Constitución Española garantiza a todos los ciudadanos en su art. 43, porque los medios organizativos del sistema sanitario deben orientarse a la promoción de la salud, y la garantía de la calidad y seguridad de los servicios sanitarios (art. 3 Ley 14/1986 General de Sanidad, y 23 letra m de la Ley 12/2001, de 21 de Diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid).

⁴²² Con respecto al derecho de los particulares a ser indemnizados por los gastos soportados al tener que acudir a la medicina privada, los tribunales de lo contencioso reconocen tal derecho siempre y cuando, ante la pasividad o falta de diligencia de la sanidad pública, el enfermo no haya tenido más alternativa que acudir a la sanidad privada para obtener una solución a su dolencia (vid., por todas, STSJ Madrid 699/2007, de 31 de Mayo de 2007). Se trata de supuestos en los que, constatada la falta de diligencia y pasividad prolongadas durante un largo tiempo o por las que se ha producido un empeoramiento de la salud del enfermo, se justifica la pérdida de confianza del paciente en los médicos de la sanidad pública que le venían atendiendo, “*confianza que constituye un presupuesto imprescindible de la prestación sanitaria*”, como pone de manifiesto la STSJ Madrid de 378/2008, de 25 de Marzo de 2008.

grave. Ese daño se considera antijurídico, pero sin embargo da lugar a una responsabilidad atemperada por la propia conducta del reclamante al no haber acreditado que realizara gestiones ante el hospital para interesarse por la programación de la prueba, ni que tampoco solicitara la asistencia a través de otros medios sanitarios públicos; dichas circunstancias, unido a que el tiempo en el que permaneció desinformado y en incertidumbre fue en un corto espacio, lleva al Consejo a dictaminar la estimación de la reclamación reconociendo una indemnización por este daño moral de 3.000€.

4.1.4.- La angustia por la necesidad de reintervención o por la suspensión de la intervención programada

Otro supuesto de zozobra o angustia jurídicamente relevante es el que tiene lugar ante la necesidad de una reintervención tras una anterior cirugía inadecuada o deficiente, o las cancelaciones reiteradas en una intervención programada, que obligan a un esfuerzo emocional intenso por la ansiedad que ello provoca (supuesto distinto al que veíamos anteriormente, referido al dolor físico y por añadidura moral, sufrido en primera persona al tener que ser reintervenido).

Es el caso de la STSJ Madrid núm. 838/2014, de 4 de Diciembre de 2014, relativo al sufrimiento de una niña y de los padres al tener que ser reintervenida la menor por una deficiente atención de enfermería en la supervisión de la vía que le es colocada en su ingreso hospitalario (daños como consecuencia de la infusión de suero glucosalino a través de una vía venosa canalizada en su pie izquierdo, que le generó una quemadura requiriendo posterior cirugía). Se reconoce una indemnización de 10.000€ por el “daño moral sufrido como padres”, 10.000€ por el daño moral sufrido por la menor, más 30.000€ por las cicatrices y secuelas, accediendo a la cantidad que había sido solicitada por los actores, y ponderando la pesadumbre ante lo acontecido, el normal y comprensible dolor de ver sometida a su hija a otras dos intervenciones quirúrgicas urgentes en un plazo de tiempo muy corto, así como el sufrimiento que conlleva conocer que su hija aún tendrá que ser sometida a otra última intervención reparadora, además de valorar el lógico padecimiento de la pequeña.

4.2.- DAÑOS MORALES POR PRIVACIÓN/DEMORA DE ASISTENCIA SANITARIA O DE DECISIÓN SOBRE EL TRATAMIENTO; LAS LISTAS DE ESPERA.

Es reclamable en estos casos el daño moral que produce la desatención o falta de asistencia ante una enfermedad o sospecha de su existencia, ya sea por la errónea interpretación de los síntomas, por la omisión de pruebas diagnósticas, o por actos de gestión u organización hospitalaria (por ejemplo, no ordenar un traslado o derivación a otro centro⁴²³, por huelga⁴²⁴, por no tener camas libres⁴²⁵, o bien por la gestión de las listas de espera⁴²⁶, cuyo funcionamiento no puede implicar la existencia de unos plazos inmutables, dada la posibilidad de reducirse aquellos, y que en ocasiones ocasionan efectos irreversibles).⁴²⁷

Al respecto de las listas de espera, como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de Septiembre de 2011, el llamado régimen de “cola” es criterio que inspira la interpretación aplicativa de la regulación jurídica de los servicios públicos en general, y el servicio sanitario público en particular. Ciertamente, los recursos materiales y humanos de la Administración Sanitaria son limitados, lo que hace inevitable las listas de espera para su distribución equitativa, atendiendo a los principios de igualdad y solidaridad. Eso hace que los daños derivados de esas listas de espera no sean antijurídicos, siempre y cuando su gestión sea adecuada. En ese sentido se pronuncia la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 24 de noviembre de 2004:

⁴²³ La STS (Sala 1ª) de 17 de Abril de 2007 expresó con mayor claridad esta cuestión. Reclamándose 65.000.000 de las antiguas pesetas por la muerte de un paciente a causa de la omisión de trasladarlo a otro centro hospitalario, el TS confirma la falta de causalidad entre la muerte y la conducta del facultativo, debido a las escasas expectativas de supervivencia de aquél, inferiores al 20%; sin perjuicio de lo cual, concede 5.000.000 de pesetas, al entender que la privación de la expectativa de curación es un daño moral indemnizable y su toma en consideración no es incongruente con el objeto de la litis.

⁴²⁴ En el caso de la huelga, la antijuricidad del daño vendrá determinada por la legalidad o no de la misma (en su convocatoria, el cumplimiento o no de los servicios mínimos aprobados,...), así como por la consideración de la gravedad de la patología en cuestión.

⁴²⁵ La demora de atención por falta de camas ha de ser valorada en función principalmente de la gravedad y urgencia de la patología y el tiempo de espera. Así, la STSJ Castilla La Mancha de 26 de Octubre de 2006, condena a la Administración con 100.000€, por entender que la saturación de camas no justifica el retraso en las intervenciones urgentes, por la dilación de 20 días en la realización de una intervención de síndrome de cono medular, que se había indicado con carácter de urgencia y que no debía realizarse más tarde de 48 horas, sin que se intentara la admisión en otros hospitales que tuvieran disponibilidad; lo que le produjo graves secuelas y minusvalía.

⁴²⁶ Las listas de espera constituyen un instrumento, consolidado ya en nuestra sociedad, de racionalización y planificación de uso de los medios limitados del Sistema Público Sanitario, y si bien recae en el ciudadano la obligación jurídica de soportarlas cuando son razonables, las demoras excesivas o la indicación de un grado de preferencia erróneo o la propia irracionalidad de su gestión puede constituir una lesión indemnizable. Así lo recoge FERNANDEZ COSTALES, J. (2013), Pág. 30. El problema de las listas de espera aparece como una de las asignaturas pendientes del sistema, siendo objeto de multitud de quejas de los pacientes y arma de ataque político contra los gobiernos autonómicos. La Ley 16/2003 de 28 de Mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud dentro de la regulación de las garantías de acceso, reconoce al usuario el derecho a recibir asistencia en la Comunidad de residencia dentro de un plazo máximo que vendrá definido por cada Comunidad Autónoma dentro del marco estatal establecido por el Consejo Interterritorial (lo que se ha llamado Sistema de Garantías).

⁴²⁷ En la STSJ Asturias, de 15 de Noviembre de 2012, se indemniza la dilación injustificada en la consulta de Esterilidad, que ocasiona que la recurrente no pueda acogerse al Programa de Fecundación, negándose la misma por la edad de la solicitante en el momento en que la lista permitiera atenderla; si bien se tiene en consideración para la valoración del *quantum* que no existía plena certeza de éxito caso de haberse practicado y que podía haberse acudido a la sanidad privada.

“Desde la juricidad de las listas de espera cabe entender que son daños jurídicos, luego existe el deber jurídico de soportarlos, los que se refieran a las molestias de la espera, precauciones y prevenciones que hay que tener en tanto llega el momento de la intervención, la desazón que implica o la rebaja que esto suponga en la calidad de vida por controles o vigilancia del padecimiento. Por el contrario el daño que se sufra será antijurídico cuando venga dado por una lista en sí mal gestionada o irracional, de duración exagerada o cuando hubiera un error en la clasificación de la prioridad del enfermo o cuando en el curso de esa espera se produjesen empeoramientos o deterioros de la salud que lleven a secuelas irreversibles o que sin llegar a anular, sí mitiguen la eficacia de la intervención esperada”.

Bajo este concepto, en general, se indemniza la angustia ocasionada por no haber podido recibir la asistencia sanitaria debida, o bien por no haber tenido la información previa acerca de la asistencia finalmente recibida. Y ello, con independencia de que vaya seguida de una lesión corporal, o al menos aunque no haya prueba de que la lesión física posteriormente aparecida pueda conectarse causalmente con aquella, ni siquiera en términos de pérdida de oportunidad; habida cuenta de que la misma no podría haberse evitado, ni siquiera de haberse recibido la asistencia debida, o bien porque la asistencia prestada sin información previa era la única indicada para la dolencia que finalmente no pudo evitarse con aquella.

Es pues característica de este tipo de daños morales, la ausencia de incertidumbre acerca de la falta de asistencia o de la falta de información como elemento causal; pues ante tal hecho cierto y real, y con independencia del resultado, se indemniza el efecto de verse desatendido por el Sistema Público Sanitario. Por lo tanto, no nos encontramos ante casos de pérdida de oportunidad de curación indemnizables (incardinables en la pérdida de oportunidad en sentido jurídico), sino ante daños reales constituidos por el daño moral de haber sido privado de asistencia en su doble vertiente: clínica o informativa.

En algunos supuestos, ante esa espera que se entiende excesiva o injustificada⁴²⁸, los pacientes o sus familiares deciden acudir a la sanidad privada, en cuyo caso, de

⁴²⁸ Considerada la limitación de los recursos públicos, las prestaciones sanitarias han de ser necesariamente tasadas, lo que determina que en algunos no se dé la antijuricidad del daño. De foma que, en atención a la limitación de recursos: a) No puede exigirse el desembolso de un gasto o prestación que esté fuera de la Cartera de Servicios, b) no puede ser indemnizada la espera ordinaria para la realización de un acto médico o intervención y c) tampoco puede ser indemnizable la espera si existen demandantes de ese servicio con criterios prioritarios de atención. En este sentido, S. JCA nº 1 Zaragoza, 220/2005, de 6 de Junio de 2005.

suponer una urgencia vital, cabría acudir al instituto del reintegro de gastos⁴²⁹. Pero fuera de este supuesto que se presenta de forma extraordinaria, únicamente cabrá reclamar a través de la vía de la responsabilidad patrimonial; pudiéndose solicitar en ella, tanto los gastos en los que se ha incurrido al acudir a la sanidad privada ante la dejadez o excesiva tardanza de la sanidad pública, así como los daños morales generados por ello.

4.3.- LAS ACCIONES DERIVADAS DEL NACIMIENTO DE UN HIJO: *WRONGFUL ACTIONS (WRONGFUL CONCEPTION, WRONGFUL BIRTH, Y WRONGFUL LIFE)*

En estricta relación con aspectos bioéticos, las llamadas “*wrongful actions*” (denominación de la doctrina anglosajona ya implantada en nuestro sistema), se refieren a los casos en los que se reclama, con distintos matices, los daños que se derivan del nacimiento de una persona, por el simple hecho de nacer cuando no se esperaba ese acontecimiento, o bien por nacer con malformaciones no conocidas, ni esperadas, o por tener que vivir con tales malformaciones.⁴³⁰ Son daños que comportan un claro componente económico (por los gastos e imprevistos que sobrevienen ante tales acontecimientos), pero sobre todo moral, que suscitan importantes cuestionamientos por recaer sobre la existencia de un ser humano, lo que sin duda hace relevante su estudio dentro de la casuística del daño moral sanitario.

Mientras las acciones tipo “*wrongful conception*” (también conocida como “*wrongful pregnancy*” o “*birth of an unwanted child*”⁴³¹) hacen referencia a las reclamaciones interpuestas por los progenitores con motivo de los daños irrogados por la concepción y nacimiento de un hijo sano pero no buscado, al fallar las medidas anticonceptivas adoptadas por los Servicios de Salud -tales como vasectomías, ligadura de trompas, dispositivos intrauterinos o subdérmicos, etc.-; las acciones “*wrongful birth*” y “*wrongful life*” se refieren a las reclamaciones interpuestas por la madre o por ambos

⁴²⁹ Cuya regulación, actualmente concretada en el RD 1030/2006, de 15 de Septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud señala como requisitos para acceder al reintegro que la asistencia habrá de ser urgente, inmediata y de carácter vital.

⁴³⁰ Así lo explica la SAP de Salamanca de 29 de Mayo de 2006 confirmada por el Tribunal Supremo, en STS de 4 de Noviembre de 2010, y anteriormente el TS en la STS - Sala 1ª- de 11 de mayo de 2001: “Los supuestos conocidos con la expresión inglesa de *wrongful conception* designan aquellas demandas que interponen los progenitores por los daños causados por la concepción no deseada de un hijo sano debido al fallo de las medidas anticonceptivas adoptadas. Distintos de los supuestos anteriores son los casos de nacimientos de hijos con malformaciones que no han sido causadas por la negligencia médica y que parten de una premisa común: al no informar en tiempo oportuno a la madre de la malformación, ésta no ha podido decidir si quería llevar a cabo o no la interrupción legal del embarazo. En tales casos, si quien ejercita la acción es la madre se habla de *wrongful birth*, y de *wrongful life*, si quien lo hace es el propio hijo”

⁴³¹ MARTIN CASALS, M. (2001). Pág. 2.

progenitores en su propio nombre (*wrongful birth*)⁴³², o bien por los padres en su nombre y en el de su hijo o por el hijo cuando es mayor de edad con capacidad suficiente (*wrongful life*) con motivo de los daños producidos por el nacimiento con alguna discapacidad o enfermedad congénita que se asocia, por lo general, a una infracción de la *lex artis ad hoc* durante el seguimiento y control del embarazo,⁴³³ que conlleva la privación de la decisión de abortar.

Si bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia española admiten por lo general las acciones de “*wrongful conception*” y “*wrongful birth*”, habiéndose dictado ya un considerable número de sentencias (no siempre homogéneas, dados los problemas que se plantean sobre todo con la determinación del daño y la relación de causalidad)⁴³⁴; no ocurre así en las de “*wrongful life*”, sobre las cuales, a pesar de haberse planteado en más de una ocasión, el Tribunal Supremo no ha dictado ninguna sentencia –si bien en alguna se han confundido ambas denominaciones, admitiéndose ésta última casi como un “descuido” de los Tribunales, como veremos más adelante–.

4.3.1.- *Wrongful conception: el nacimiento de un hijo no esperado*

Representa un tema ciertamente complejo y delicado, pues, a parte de su incidencia jurídica, tiene además un componente humano de repercusión moral, como es la consideración del posible perjuicio que puede sobrevenir por el nacimiento de un hijo que, no sólo no se había planificado, sino que se había querido evitar adoptando para ello las oportunas medidas médicas.

Aunque, es cierto que la ciencia médica viene incidiendo en que, hoy por hoy, ningún método anticonceptivo es totalmente seguro, en ocasiones su fallo —que da lugar al nacimiento de un hijo, en principio sano, pero no previsto— puede imputarse con suficiente certeza a la negligencia médica o a un defecto del propio mecanismo o instrumento anticonceptivo. A este respecto, básicamente, son tres los supuestos de *anticoncepciones fallidas* que recoge nuestra jurisprudencia en sus sentencias.

⁴³² GALAN CORTES, J.C. (2008). Pág. 286.

⁴³³ Si bien la fijación de cuál es la *lex artis* exigible para considerar una conducta como diligente no es una cuestión pacífica en este tipo de casos, tal y como lo pone de relieve la SAP Girona nº 188/2013, Rollo 666/2012, de 6 de Mayo de 2013.

⁴³⁴ A ello alude ALISTE SANTOS, T. “*El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia. No obstante, debido tanto a la escasez de los fallos como a los pronunciamientos diametralmente distintos, no podemos hablar de una jurisprudencia francamente favorable a la consolidación de estas demandas, ni tan siquiera de una línea jurisprudencial clara, reinando sobre el asunto la contradicción de sentencias, que no aporta sino incertidumbre y dudas*”. ALISTE SANTOS, T (2007). Pág. 7

1. Por un lado, las intervenciones de esterilización (vasectomías o ligaduras de trompas) negligentemente realizadas, o practicadas de modo correcto pero con omisión de la debida información (sobre las medidas necesarias a tomar tras la intervención, advertencia del riesgo de fracaso de la esterilización o del método, o necesidad de someterse a análisis posteriores), siendo éste el motivo que suscita el mayor número de reclamaciones.⁴³⁵
2. Colocación negligente o incorrecta de un mecanismo anticonceptivo intrauterino (DIU) o subdérmico, o puesta en circulación de un mecanismo anticonceptivo ineficaz, que no impiden el embarazo.⁴³⁶
3. Abortos fallidos, que conllevan la creencia errónea de no estar embarazada, descubriendo posteriormente que no ha sido eliminado el feto, constituyendo un claro daño moral con respecto a la autodeterminación, al que se añade el daño de no poder someterse al seguimiento médico del embarazo en sus primeros momentos.⁴³⁷

⁴³⁵ En este tipo de actos médicos considerados de medicina voluntaria, o satisfactiva, es decir no curativa, la jurisprudencia del TS ha puesto de manifiesto el perfil propio que adquiere la obligación de informar y el consentimiento del paciente, que viene intensificada por la obligación no sólo de informar de los riesgos posibles inherentes a la intervención, sino también de las posibilidades de que la misma no comporte el resultado que se pretende y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención. A ello se añade que cuando la propuesta de la intervención encaminada a lograr un determinado resultado procede de los propios servicios médicos, especialmente si pertenecen a la red pública, la asunción de la iniciativa acentúa, si cabe, ese deber de información. Al respecto, cabe citar, entre otras, la STS 9 de Mayo de 2005, que contempla el nacimiento de un hijo no deseado, tras haberse sometido la madre a una ligadura de trompas, por necesidad de evitar quedar embarazada al ser un riesgo para sus problemas de vista, empeorando finalmente ésta. Constando la ausencia del consentimiento informado de la paciente, aunque no se acredita que el haber sufrido desprendimiento de retina tenga relación con el embarazo y posterior parto, se reconoce por el Tribunal una indemnización de 60.000€ por el daño moral derivado del embarazo no deseado y la inherente situación de angustia, transcribiendo fundamentos de la STS de 3 de Octubre de 2000 (referida a una vasectomía).

⁴³⁶ Es por ejemplo, el caso que se analiza en la STS Sala Tercera, de 19 de Mayo de 2015: La madre reclama por la implantación de un método anticonceptivo (dispositivo subdérmico insertado en la extremidad superior izquierda denominado “*Implanon*”) que deriva en un embarazo no deseado, y en el posterior nacimiento de su hija con una grave e incurable enfermedad de carácter hereditario, que podría haberse evitado con el oportuno tratamiento genético en un embarazo programado o, de no ser posible, mediante renuncia a la maternidad. La reclamante solicita indemnización para sí (por los gastos médicos, embarazo no deseado y necesidad de mantener a su hija) y para la menor, por la enfermedad que sufre y sus secuelas; pudiendo interpretarse que se plantea como acción de *wrongful birth* y *wrongful life* junto a la *wrongful conception*, lo que no es así pues se vinculan los daños a la negligencia médica de serle insertado el “*Implanon*”, y no al seguimiento del embarazo. Desestimada la acción (*wrongful conception*) por el TSJ de Cataluña, el TS señala que si bien no puede afirmarse con absoluta certeza que el “*Implanon*” fuera insertado debidamente (por vía subdérmica o justo bajo la piel) o demasiado profundo provocando su migración; la Sala entiende, con dos votos particulares en contra, que constatada la relación de causalidad entre el funcionamiento anormal del Servicio y el embarazo no deseado, únicamente se admite la estimación del daño moral consistente en la privación del derecho a autodeterminarse, valorado en 80.000€ y no en relación con la enfermedad padecida, pues se considera que sólo desde una concepción absolutamente maximalista de la relación de causalidad cabría realizar tal imputación, teniendo en cuenta además que se ignoran las vicisitudes de la gestación y el seguimiento del embarazo.

⁴³⁷ Es el caso, por ejemplo, de la ST Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Palma de Mallorca núm. 90/12, de 10 de Mayo de 2012, relativo a la reclamación de una mujer que tras someterse a un aborto, acude al centro sanitario creyendo que ha vuelto a quedar embarazada, descubriendo para su sorpresa que se trata del embrión que creyó haber abortado, habiendo transcurrido ya en ese momento los plazos legales para poder interrumpir el embarazo. El Juzgado concluye que todo ello le ha provocado indubitadamente una situación de zozobra, angustia y ansiedad que revisten los caracteres de daño moral, al sumarse la

En la estimación de acciones por *Wrongful Conception* existe siempre una relación de causalidad directa entre la infracción de la *lex artis* en sentido técnico y el resultado indeseado (la procreación). Sin embargo, es criterio unánimemente aceptado que no cabe considerar como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, al entenderse que nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad;⁴³⁸ motivo por el cual, en estos casos no se indemniza el nacimiento, considerando que el daño viene dado, no por el hijo nacido, sino por los perjuicios que su nacimiento conlleva tanto desde el punto de vista patrimonial⁴³⁹ como moral, en cuanto a lo inesperado del suceso.⁴⁴⁰

Llegados a este punto, parece claro que en estos supuestos, realmente, el interés lesionado resulta ser la libertad de procrear, de la que han de gozar los progenitores en cuestión, dentro de la libertad de determinación personal que dimana del art. 10 en relación con el art. 16 de la C.E.; por lo que, descartado como daño la llegada de un hijo, sí es considerable el daño moral (de concurrir los requisitos necesarios) en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, por cualquier otra actuación deficiente, lo que a su vez podría constituir una lesión de su dignidad.⁴⁴¹

situación de ansiedad ante el fallo del primer aborto y el descubrimiento de que estaba embarazada de 22 semanas sin ya poder abortar, teniendo que admitir ante sus padres que estaba embarazada cuando hasta entonces había querido y logrado ocultárselo por temor a su reacción, además del miedo ante el futuro y a tener un hijo no deseado, y la alteración de la armonía familiar y autonomía personal. Situación de angustia que se ha extendido al no haberse realizado los preceptivos controles médicos a los que ha de someterse cualquier mujer embarazada, con el estrés de posibles malformaciones del feto o secuelas y lesiones, lo que incrementa el impacto emocional sufrido. El Juzgado estima ajustada una indemnización de 150.000€ por daños morales a la madre, y 270.000€ al menor para hacer frente a los gastos que genere su crianza hasta los 25 años.

⁴³⁸ El TS viene a señalar que la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo, por lo que no puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores (STS de 5 de Junio de 1998).

⁴³⁹ Como expresa la STS de 23 de Febrero de 2005, el *“quebranto que pueda conllevar el cuidado y sustento de su hijo no deseado”*.

⁴⁴⁰ Tal y como pone de manifiesto la STS 10 de Octubre de 1995, se trataría de resarcir el efecto sorpresa o de shock en el momento de conocer un embarazo para cuya evitación precisamente se habían puesto medios pues *“...más allá, no es lógico prolongar la responsabilidad del facultativo; sería absurdo imponerle una responsabilidad vitalicia por todo daño o sufrimiento que experimentase siempre el hijo venido al mundo sin desearlo sus padres...”*

⁴⁴¹ Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, y así lo ha manifestado el TC en la sentencia 53/1985, 11 de abril (RTC 1985, 53), F. 8, *“nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10)”*. Por ello, el derecho a la maternidad y a la paternidad, desde los valores constitucionales de dignidad y libre desarrollo de la personalidad, presupone su ejercicio libre y responsable; pues, como declaró el TC en la citada sentencia *“La dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”*.

En cuanto a este concepto debe nuevamente traerse aquí el ilustrativo caso de la STS de 3 de Octubre de 2000, cuyos fundamentos se recogen posteriormente en la STS de 9 de Mayo de 2005. En ella, tras recordar que el nacimiento de un hijo no constituye daño moral, se viene a establecer la indemnización por los perjuicios morales que implica, no el nacimiento de una vida en sí, sino el embarazo y posterior alumbramiento de un hijo no buscado en cuanto lesión del derecho de autodeterminación de las personas. Establecida la necesaria relación causal, se fundamenta el abono de una indemnización de 60.000€ en que el embarazo posterior a una intervención de esterilización (en el caso de la Sentencia de 2005 fue de ligadura de trompas, y en la de 2000 fue de vasectomía), supone una frustración de la propia decisión de la paternidad o maternidad, lo que implica una restricción del derecho de autodeterminación, en relación con el libre desarrollo de la personalidad, lesión que debe ser resarcida.

Especial problemática se presenta con **la vasectomía**⁴⁴², y ello, por cuanto con respecto a esta técnica quirúrgica, aunque reducido, existe un porcentaje de fracasos asumidos por el estado de la Ciencia Médica⁴⁴³ (sobre cuya cuantía discrepan los especialistas), ya que pese a la corrección de la técnica, en algunos casos por causas desconocidas, puede producirse la reapertura de los conductos y la recuperación de la fertilidad. Por tal motivo, aun manteniendo la prevalencia de la obtención del resultado de esterilización como criterio normativo, en el actual estado de la ciencia la obtención del resultado no queda excluida por la existencia de un fracaso con origen en algo extraordinario y no previsible de la fisiología de la persona, lo que hace que esta intervención ocupe una posición intermedia entre la medicina satisfactiva y la curativa, que es determinante a la hora de valorar si concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial.⁴⁴⁴

⁴⁴² Intervención consistente en la sección y ligadura de los conductos deferentes del hombre, con el fin de impedir el paso de los espermatozoides y lograr la esterilización.

⁴⁴³ Así lo expresa STS Sala Tercera, de 29 de Marzo de 2006.

⁴⁴⁴ Al respecto se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 29 de Marzo de 2006 sobre responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria ante la práctica de una vasectomía que produjo un hijo no deseado, aludiendo, de nuevo, a la diferencia entre medicina curativa (donde rige una obligación de medios, que persigue la curación), y satisfactiva, (que responde a una obligación de resultados, pues a ella se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo, no por necesidad de someterse a ella, sino por la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional, lo que acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención, y donde, como se ha dicho, hay un reconocimiento del plus de responsabilidad que comporta la obtención del buen resultado, o del cumplimiento exacto del contrato). Sobre la misma cuestión versa la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 19 de Noviembre de 2007, en la que se recuerda la obligación de resultado y del deber de información en los casos de medicina no curativa, ante demanda de una pareja en la que el marido se había sometido voluntariamente a una intervención de vasectomía practicada por el demandado y la mujer había quedado embarazada después de tal intervención y alumbrado una niña que, tras practicarse las correspondientes pruebas de paternidad, resultó ser hija suya. En esta sentencia se declara la negligencia del médico, tras recordar la doctrina de la Sala de lo Civil en cuanto a la especial intensidad del deber de información para

Conocida la posibilidad de su fracaso, la mayoría de las sentencias rechazan indemnizar a los padres porque no se ha demostrado que el médico que practicó la operación hubiera actuado de forma negligente; debiéndose comprobar aquí si de tal posibilidad se había advertido al paciente, en cuyo caso el daño no resultaría antijurídico, pesando sobre él la obligación de soportarlo.⁴⁴⁵ Igual ausencia de antijuricidad resultaría en el supuesto de que, una vez advertido el paciente de las medidas o cuidados a adoptar con posterioridad a la intervención, se constataste que no se realizaron aquellos por su parte.⁴⁴⁶

Excepcionalmente, se concede indemnización en algunos casos, como ocurre en la STS (Sala 1ª) de 25 de Abril de 1994, referente a una vasectomía correctamente practicada, en la que el médico incumplió el deber de informar sobre las posibilidades de recanalización espontánea. El paciente no adoptó mecanismos anticonceptivos adicionales y meses después de la operación su esposa concibió gemelos. La Sentencia de la Audiencia Provincial había concedido una indemnización de 9.000.000 ptas. en concepto de daños morales y materiales y rechazó que se indemnizaran los alimentos debidos a los hijos. El TS confirmó esa cuantía, pero precisó que se otorgaba, no *“como indemnización por daños morales, sino como “ayuda” a la alimentación y crianza de mismos (de los hijos no previstos)”*. Es decir, el TS otorga igual indemnización, pero le cambia la vestidura jurídica para evitar indemnizar un daño moral que derive del nacimiento.⁴⁴⁷

En lo que respecta a la valoración, los tribunales vienen ponderando las dificultades que existen cuando se intenta precisar el contenido del daño moral que se produce como consecuencia del advenimiento de un nuevo hijo⁴⁴⁸, señalando que aunque son

las intervenciones no estrictamente curativas o necesarias, precisamente por el mayor margen de libertad de decisión que tiene el paciente a la hora de afrontar los riesgos de la intervención y sus consecuencias.

⁴⁴⁵ Este es el caso, por ejemplo, de la STSJ del País Vasco, Sala de Lo Contencioso, de 30 de Diciembre de 2013, en el que, tras quedar acreditado que en el Consentimiento Informado suscrito por el paciente, se le advierte de la posibilidad, aún excepcional, de repermeabilización espontánea de la vía seminal de forma tardía y la posibilidad de embarazo, siendo aceptada la intervención por el reclamante, se desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia desestimatoria de instancia.

⁴⁴⁶ Es el caso de la STSJ Madrid 9 de Febrero de 2015, el interesado no se realiza espermiograma tras la vasectomía para comprobar la permanencia de espermatozoides sin atender la advertencia de que debía utilizar otro método anticonceptivo complementario hasta no asegurar la ausencia total mediante esa prueba.

⁴⁴⁷ Igual confusión de daños morales con daños patrimoniales se produce en los casos en que se indemnizan los gastos de embarazo y parto, así como el lucro cesante producido por la frustración de la esterilización incorrectamente realizada a través de ligadura de trompas. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo, STS (Sala 1ª) de 10 de Octubre de 1995.

⁴⁴⁸ Así lo expresa, por ejemplo, la SAP Zaragoza 34/2014, de 13 de Febrero de 2014, sobre el nacimiento de un hijo tras ligadura de trompas *“el caso estudiado presenta una clara complejidad y es de resolución muy delicada, convergen en el mismo tendencias opuestas entre el incumplimiento del contrato y señalamiento de la indemnización que sea justa, prudente y oportuna, adecuada al daño real de muy*

ciertos los sacrificios, gastos, responsabilidad y restricciones de la libertad que suponen los hijos, no pueden olvidarse las satisfacciones y compensaciones que su existencia reporta, subrayando además la imposibilidad de cuantificar los gastos que conlleva la crianza de un nuevo ser y los que pueda exigir su educación y desarrollo hasta la mayoría de edad, al depender de circunstancias absolutamente imponderables (categoría social de los padres a lo largo de su minoría de edad, estudios que pueda realizar, su grado de salud e inteligencia, su carácter, etc).⁴⁴⁹ No obstante, y a pesar de las dificultades a la hora de cuantificar las indemnizaciones, considerando lesionado –como ya se ha comentado- el derecho a decidir libremente tras haber sido debidamente informado; el TS concreta como partidas indemnizatorias, además del daño moral, la correspondiente a los gastos ocasionados por la prueba de paternidad a la que ha de someterse el progenitor y el lucro cesante, en el caso de que se acredite la existencia de un perjuicio efectivo como consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes por la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio previstos para dichas finalidades, en tanto no sea previsible una reacomodación de la situación económica o social del interesado/s.⁴⁵⁰ No obstante, los Tribunales suelen otorgar importes globales, sin diferenciar entre las diversas partidas.⁴⁵¹

En cuanto al *dies a quo* para la interposición de la reclamación, el TS ha señalado que tendrá lugar, no desde que se conoce el embarazo, sino desde el nacimiento o la finalización por otra causa del embarazo, siendo éste el momento en que queda determinado el daño, y así se pone de manifiesto, entre otras en la STS, Sala Tercera,

difícil o casi imposible valoración económica, como resulta de sencillo entendimiento". Se cifra el daño moral, en conjunto, en la cantidad de 50.000€, cantidad que se considera adecuada y proporcionada a la inquietud, o gran preocupación, que el acontecimiento debió producir, compensando ésta con aquella percepción económica.

⁴⁴⁹ En este sentido, la SAP Barcelona, sección 17ª, de 29 de Diciembre de 1999, rec. 508/1999. La misma Audiencia P. Barcelona, Sección 16, en sentencia de 25 de Septiembre de 2014, considerando que si bien se trata de una cuestión compleja y puede venir condicionada por consideraciones jurídicas compartidas y compartibles más que en juicios de valor; en el intento de huir de simplificaciones sin base jurídica, concluye que en nuestro sistema todo daño es susceptible de indemnización (con excepción de los casos que el bien jurídico no sea digno de protección por ilícito o inmoral, lo que no es el caso), máxime cuando lo que ha de indemnizarse no es el nacimiento sino los perjuicios de carácter patrimonial que de él se derivan. Para la cuantificación de tales perjuicios se tiene en consideración el informe pericial aportado por la actora, que parte de estudios del INE y de otras entidades como el Instituto de Política Familiar (IPF) y la Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios (CEACCU) que estiman el coste de la crianza de un menor hasta los 18 años en una horquilla de 98.205€ y 301.274€ según el nivel económico familiar; otorgándose la mayor de esas cantidades.

⁴⁵⁰ Es el caso de la STS 26 de Abril de 2006.

⁴⁵¹ Así, por ejemplo, la STSJ Andalucía de 12 de Septiembre de 2014, en relación al embarazo tras una vasectomía fallida, recogiendo la jurisprudencia del TS, ratifica la indemnización reconocida en 1ª instancia, reconociendo junto al daño moral derivado de la privación de la posibilidad de decidir, los gastos ocasionados por la prueba de paternidad a la que se sometió el reclamante, y como lucro cesante, la evidente desatención de otras necesidades habida cuenta el salario que percibía el perjudicado (trabajador no cualificado), la existencia de otros tres hijos, la vivienda en la que habitan hipotecada (con lo cual la repercusión sobre la economía familiar es notoria), salvando el hecho de que el nacimiento inesperado de un hijo no es un daño.

(Recurso Unificación de Doctrina) de 23 de Febrero de 2005, en el caso de embarazo tras ligadura de trompas.

4.3.2.- Wrongul birth o la privación del derecho a interrumpir el embarazo de un feto con malformaciones

Con este término anglosajón, se denomina la acción que ejercen la madre o ambos padres, conjuntamente, por los perjuicios ocasionados al no haber tenido conocimiento durante el embarazo de que el hijo (esperado), presentaba malformaciones que hubieran podido justificar la interrupción legal del aborto; desconocimiento que tiene su causa en una actuación sanitaria contraria a la *Lex Artis*.⁴⁵²

Para su definición, por su claridad, cabe citar la SAP de Cádiz de 17 de Septiembre de 2002, que señala las líneas básicas que describe esta acción, y que sirve también para el *wrongful life*”, como:

“Grupo de casos de responsabilidad médica en relación con error en el diagnóstico prenatal por falta de realización o defectuosa realización del diagnóstico, produciéndose con ello la consecuencia de que no existe constancia (...) del riesgo de enfermedad congénita de la criatura concebida, resultando que el feto sufre la dolencia y nace con tales defectos, no disponiendo ya la mujer de la posibilidad de recurrir al aborto dentro del plazo legalmente establecido”.

De esta reseña podemos extraer, por tanto, los siguientes elementos⁴⁵³:

- Surgen a raíz de una actuación sanitaria negligente, contraria a *la Lex Artis ad Hoc*, motivada por la ausencia de pruebas diagnósticas, o por error en la interpretación de resultados de las practicadas, que conlleva una información incorrecta; bien porque el médico aun realizando un diagnóstico correcto, no lo comunica a los padres debidamente, o porque no aconseja sobre la conveniencia de realizar pruebas de diagnóstico prenatal, o no informa sobre la posibilidad del derecho de aborto. Y aunque, podría deducirse que esa actitud negligente no sería necesaria en el ámbito de la responsabilidad patrimonial al no requerir tal elemento de culpa, lo cierto es que también en este ámbito sólo en caso de que medie tal

⁴⁵² MACIA MORILLO A. (2005). Págs. 80 y 86.

⁴⁵³ A este respecto, señala MACIA MORILLO: “Si falla cualquiera de estos requisitos, la posible responsabilidad que, en su caso, se reclame en este contexto se deberá tratar de forma distinta a lo que aquí se diga para estas acciones, pues el problema que se planteará –y, probablemente, la carga ética que el supuesto conlleve- es diferente”. MACIA MORILLO, A (2011). Pág. 85.

deficiencia surgirá la responsabilidad de la Administración Sanitaria. De manera que quedarán fuera de su esfera de responsabilidad, los defectos que sufra el bebé de forma natural o por comportamiento de un tercero, así como los errores de diagnóstico producidos por fuerza mayor o por la falta de conocimientos según el estado de la técnica o de la ciencia en ese momento (causas de exclusión que tienen cabida en los arts. 32 y 34 de la nueva Ley 40/2015, de 1/10/2015 (antes arts. 139 y 141 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre).⁴⁵⁴ Ello exige valorar, técnicamente, si pudieron haberse diagnosticado correctamente las deficiencias congénitas (o genéticas) teniendo en cuenta los indicios y antecedentes personales y familiares de la paciente, junto a las limitaciones de la Ciencia Médica⁴⁵⁵ y además si tales malformaciones podían ser detectadas antes de precluir el plazo establecido para el aborto embriopático (pues hay síndromes que no son detectables hasta después del segundo trimestre o incluso hasta que no tiene lugar el nacimiento). Si bien sólo se refiere dicha sentencia a los supuestos de diagnóstico prenatal (es decir, una vez concebido el feto, pero antes de su nacimiento), también es trasladable a los casos en los que el error se produce con anterioridad a la concepción, en un diagnóstico preconcepcivo, ofreciendo a los progenitores una errónea información que afectará a la toma de decisiones sobre la procreación (sería el supuesto de una pareja que, conocedora de que alguno de ellos presenta un defecto o enfermedad genética, antes de decidir si tendrán hijos, solicitan información sobre las posibilidades de transmisión a su descendencia).⁴⁵⁶

- Consecuencia de lo anterior, es que el efecto lesivo recaerá sobre la libertad de procrear, en el caso del diagnóstico pre concepcivo, o sobre la libertad de optar a la interrupción legal del embarazo en el prenatal. Ello exige que esas libertades tengan reconocimiento jurídico en nuestro Ordenamiento, pues si la posibilidad de abortar no es admitida, la mujer no se vería privada de ninguna libertad para elegir.

⁴⁵⁴ A pesar de los constantes y grandes avances en el diagnóstico prenatal, la actuación sanitaria en este ámbito sigue condicionada por las limitaciones e imperfecciones de la Ciencia, en cuanto a la capacidad diagnóstica de la principal prueba de control como son las ecografías; pues, aún realizadas en óptimas condiciones, únicamente permiten apreciar un porcentaje aproximado de un 60%-80% de malformaciones, lo que conlleva el riesgo de que la ecografía sea normal y sin embargo exista alguna anomalía. Pueden “escaparse”, además, malformaciones de baja expresividad ecográfica o las que aparecen en las últimas semanas del embarazo o después del nacimiento. De estas circunstancias habrá de ser informada y advertida en términos comprensibles la gestante, para hacer posible su autodeterminación. A este respecto, ante la acreditación de que todos los medios empleados para detectar las malformaciones del feto fueron los protocolizados y recomendados por la SEGO, únicamente pueden achacarse a la imperfección de la técnica la falta de diagnóstico de malformaciones, estando por tanto los perjudicados obligados a soportar dichas anomalías al carecer de antijuricidad la asistencia sanitaria prestada. En este sentido, se pronuncia, entre otras, la STS (Sala 3ª), de 20 de Noviembre de 2012.

⁴⁵⁵ Así, por ejemplo, la STS 7 de Marzo de 2012 desestima el recurso interpuesto contra la resolución desestimatoria al no existir sospecha de anomalía diagnóstica, por no ser detectables las malformaciones en relación a las prácticas que se realizaban en aquel momento, la situación de la gestante y la finalidad limitada de las ecografías.

⁴⁵⁶ MACIA MORILLO, A. (2006), Pág. 76.

En nuestro Derecho tal facultad es reconocida en la vigente L.O. 2/2010 de 3 de marzo, *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*.⁴⁵⁷

- Teniendo en cuenta que hoy en día cualquier proceso diagnóstico o seguimiento del embarazo se realiza con la intervención de diversos profesionales, y aunque la sentencia se refiere a “responsabilidad médica”, la actuación causante de tal error puede proceder no sólo de los facultativos, sino también del ecografista, matrona, del personal de laboratorio, de enfermería, incluso de los no sanitarios (administrativos que se equivocan al introducir datos en el programa informático, negligencia en la custodia de las muestras obtenidas, etc)..., por lo que hemos de entender tal expresión de forma amplia referida a todo el personal.
- La malformación o enfermedad congénita no descubierta ha de ser detectable pero incurable (es decir, el niño no podía nacer sano); pues en este caso, no estaríamos ante la privación de la facultad de abortar o la libertad de procrear, sino ante una actuación médica que sería causa directa de la lesión, al no haber evitado con su omisión una enfermedad evitable (causación por omisión).⁴⁵⁸

Puede decirse, por tanto, que el ámbito de una acción en esta materia está condicionado por tres elementos:

- a) Los avances en tecnología médica, que hacen posible el diagnóstico prenatal y permiten detectar algunas malformaciones del feto, limitando el contenido de la

⁴⁵⁷ El art. 15 de la L.O. 2/2010, de 3 de marzo, además de contemplar el aborto libre en las primeras 14 semanas, establece las causas de interrupción del embarazo por razones médicas, señalando que, excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por dichos motivos cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que no superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico/a especialista distinto del que la practique o dirija; pudiéndose prescindir de dicho dictamen en caso de urgencia por riesgo vital para la gestante.
- b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.
- c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico/a especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico (hasta el término del embarazo).

⁴⁵⁸ Hay que distinguir los casos en los que la malformación es producto de una inadecuada praxis (en cuyo supuesto, se cuantificaría el daño tomando como referencia el deterioro físico y psicológico causado al recién nacido, es decir, por los daños corporales), de los que existe una privación de oportunidades por falta de información adecuada de las posibilidades de interrumpir el embarazo, cuando el feto presenta malformaciones, donde estamos ante un daño moral independiente. En este caso, la doctrina científica habla del “falso negativo” como motivo de imputación de responsabilidad: se ofrece un falso negativo, omitiéndose que el feto sufre malformaciones, cuando existen la tecnología y los conocimientos científicos suficientes para proporcionar un diagnóstico correcto que refleje la patología que presenta. El daño que se produce como consecuencia de la privación de la libertad de decidir optar al aborto en el plazo legal, pasa a ser un daño indemnizable para los principales afectados por esa falsa información (los progenitores y, en su caso, el propio nacido). MACIA MORILLO, A. (2005). Pág. 80.

información que se conoce y que se puede ofrecer a los progenitores en cada momento.

b) La existencia de anomalías, enfermedades o malformaciones que no encuentren su causa originaria en la actividad médica de seguimiento del embarazo, pues serían efecto directo de la actuación sanitaria.

c) La despenalización del aborto en el caso en que el feto esté afectado por anomalías físicas o psíquicas graves (hoy notablemente ampliado por la Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo 2/2010 de 3 de marzo), esto es, el denominado “aborto eugenésico”. Si bien, basta con que el aborto se encuentre exento de reproche penal en el plazo en que pudieron haberse detectado las anomalías congénitas, con independencia de los motivos legales en que se funde dicha posibilidad, lo que determina la especial necesidad en estos casos de considerar el contexto socio-cultural del momento de los hechos, así como la legislación que regula el embarazo y las limitaciones del estado de la Ciencia para el diagnóstico prenatal precoz en cada ocasión.⁴⁵⁹

1º) Supuestos de hecho de las reclamaciones por *wrongful birth*

Tienen cabida en este tipo de acción los supuestos en los que el médico no informa a los progenitores del riesgo de concebir un hijo con malformaciones, ni de las técnicas de diagnóstico prenatal; también aquéllos en los que estas técnicas se realizan de manera defectuosa y producen resultados erróneos y los casos en los que los resultados no llegan a ser conocidos por los padres o llegan a serlo fuera de los plazos en los que la interrupción del embarazo, conforme a la normativa vigente, ya no es posible. Es por tanto determinante, valorar la adecuación de la actuación médica a la *lex artis* específica, comprobando la observancia de los protocolos obstétricos vigentes en el momento concreto y si se han cumplido los derechos de la embarazada relativos a la información, conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre; y en segundo lugar, si es viable el aborto según los requisitos jurídicos y médicos vigentes.⁴⁶⁰

⁴⁵⁹ Como reconoció el propio Tribunal Constitucional (TC) en la STC 53/1985, de 11 de abril, sobre la anterior ley de despenalización del aborto, la decisión legislativa para no sancionar el aborto en los supuestos legalmente previstos, se justificaba por la necesidad de resolver el conflicto entre los diversos valores protegidos constitucionalmente, que se suscitaba en cada uno de los supuestos. De este modo, mientras que en el aborto terapéutico, se encontraba en juego la vida del *nasciturus* como “bien constitucionalmente protegido” frente al derecho fundamental a la vida de la madre (Cf. art. 15 CE), en el supuesto del aborto “ético” el conflicto se presentaba de nuevo entre el “bien” vida del *nasciturus* y la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, así como la integridad física o moral de la madre.

⁴⁶⁰ En casos como éstos, en los que la actuación a valorar no suele ser “un hacer” sino un “no hacer”, las dificultades probatorias de una actividad sumamente especializada como es la medicina obstétrica y la invocación de la regla “*res ipsa loquitur*” que fundamenta la doctrina del daño desproporcionado, justifican una inversión de la carga de la prueba, debiendo probar la Administración que la actuación fue acorde a *lex artis ad hoc*.

Es presupuesto esencial por tanto la privación a la gestante de la información necesaria para poder tomar una decisión en conciencia, pero no de toda información, sino de la que sea relevante, pues en caso contrario, de referirse esa información a un mal de escasa entidad, no podría considerarse que haya existido una privación de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo con referencia al supuesto relativo a las alteraciones graves de la salud, siendo difícil afirmar, entonces, que la decisión estuvo viciada por falta de información.⁴⁶¹ En este sentido, cabe hablar de dos tipos de información: la que puede tener incidencia terapéutica y en segundo lugar la que permite al paciente otorgar un consentimiento adecuado para intervenir sobre su propio cuerpo.⁴⁶²

En la Jurisprudencia Civil⁴⁶³, se afirma que el deber de información sobre la práctica de pruebas para comprobar la posibilidad de malformaciones con el fin de permitir el ejercicio del derecho a abortar, únicamente se exige cuando se dan circunstancias que evidencien o permitan sospechar la existencia de un riesgo de anomalía del feto, pero no en embarazos normales.⁴⁶⁴ Y ello, sin perjuicio de que, anteriormente, en la STS (Sala 1ª) de 6 de Junio de 2007, tratándose de un embarazo normal sin circunstancias de riesgo, el TS había concluido de forma contraria, condenándose a los profesionales por no informar a la gestante de la posibilidad de realizar un triple *screening* que hubiera podido aconsejar la realización de una amniocentesis.⁴⁶⁵

No es suficiente, sin embargo, con que se acredite que ha existido esa infracción de la *lex artis*, pues, como en el resto de casos, es necesario que se den todos los presupuestos que determinan la responsabilidad patrimonial; exigiéndose también aquí que el daño sea antijurídico. Esta antijuricidad viene dada por el hecho de que, en

⁴⁶¹ MACIA MORILLO, A. (2011). Págs. 92 y 93.

⁴⁶² LLAMAS POMBOO, E. (2005) Págs. 2 y 3.

⁴⁶³ STSS (Sala 1ª) de 19 de Junio de 2007 y 17 de Noviembre de 2008.

⁴⁶⁴ En el ámbito del diagnóstico prenatal, ha de tenerse en cuenta si estamos ante un embarazo normal o de riesgo por diversos factores (edad de la gestante, antecedentes...), en el que se requiere un seguimiento más exhaustivo. De forma que, en caso de resultar probada la observancia de los protocolos y la praxis médica habitual, no cabe imputar responsabilidad alguna “a no ser que exacerbando la diligencia exigible, se siente por principio que todo embarazo es de alto riesgo y hayan de aplicársele al seguimiento, siempre, técnicas extremas, como los niveles II y III de ecografía por especialistas radiológicos”. Así se pronuncia la STS 4 de Febrero de 1999, que añade que “todas las actuaciones se ajustaron a protocolo así como las ecografías efectuadas que eran de Nivel I, suficiente para un embarazo de bajo riesgo”.

⁴⁶⁵ En esta sentencia se afirma que la información constituye un elemento esencial de la *lex artis*, que en el caso del diagnóstico prenatal “se traduce en la obligación que tienen los profesionales de poner en su conocimiento toda la información conocida y constatada en orden a determinar las posibilidades efectivas sobre la evolución del embarazo (...) entre otras la de someterse a las pruebas (triple screening) a partir de las cuales se habría obtenido el índice que protocolariamente habría exigido la exploración posterior (amniocentesis o biopsia coral) y que otorgan un diagnóstico más cierto y seguro sobre la existencia de este tipo de cromopatías”.

el supuesto concreto, fuera posible optar al aborto, pues en caso contrario, recaería sobre la/los perjudicados la obligación de soportar tal daño. Podemos ver ejemplo de ello en la STS (Sala 3ª), de 23 de Enero de 2012: se reclama por los progenitores que, durante el embarazo gemelar, las ecografías realizadas no revelaron en ningún momento la alteración que mostraba uno de los fetos (por la aparición de bridas amnióticas, el bebé nace sin una pierna y con defectos en la mano izquierda), habiéndose realizado dichas pruebas sin seguir los protocolos de la SEGO y sin la capacitación profesional suficiente para un embarazo de ese tipo. Sin perjuicio de que la Sala de Instancia no reputa “grave tara física” la pérdida parcial del miembro inferior derecho de uno de los fetos (al que, tras su nacimiento, se colocó una prótesis) y una malformación limitada a uno de los dedos de la mano izquierda; y del hecho de que la malformación no deriva de una mala praxis, al ser congénita al desarrollo embrionario por factor no conocido; se concluye por la Sala Tercera que, teniendo en cuenta que además de nacer un bebé con malformaciones el otro nació sano, no se ha justificado que hubiera sido posible optar a la interrupción voluntaria del embarazo reclamada afectando exclusivamente a uno de los fetos (el que presentaba la malformación). No se evidencia la posibilidad de intervenir sobre uno de ellos sin incidir en el otro; por lo que, dado que respecto al feto sano no se daban en modo alguno las circunstancias establecidas en la normativa aplicable que hubieran permitido interrumpir el embarazo, no cabría en ningún caso reconocer la existencia de tal lesión de autodeterminación de los padres.

2º) El daño

Por las circunstancias en las que surgen estas acciones, su admisión resulta siempre controvertida, especialmente, por los rechazos de carácter ético-moral que se plantean dada su directa implicación en la idea de la vida y de la dignidad de la persona, y el cuestionamiento de lo que puede, o mejor dicho debe, entenderse aquí por daño⁴⁶⁶.

Siendo firme y unánimemente aceptado el criterio del TS en cuanto a que el nacimiento de un hijo no puede ser calificado como perjuicio o daño (con independencia de su estado de salud),⁴⁶⁷ la polémica sobre la determinación del daño

⁴⁶⁶ Tal y como apunta MACIA MORILLO, el estudio de la problemática debe dejar al margen tales implicaciones, y sobre todo los perjuicios y planteamientos personales, para no empañar los aspectos técnico-jurídicos con las creencias personales del que aborda su estudio. MACIA MORILLO, A. (2006). Pág. 83.

⁴⁶⁷ Y ello, a pesar de que en la sentencia pionera en esta materia, la citada STS 6 de Junio de 1997 sí se calificaba como perjuicio o daño el nacimiento de un ser que padece el síndrome de Down. Posteriormente, en la STS (Sala 3ª) de 4 de Noviembre de 2008, si bien aparenta confundir los términos al señalar que no cabe en el ordenamiento español lo que en terminología inglesa se denomina “*wrongful*”

se ha intentado solucionar con la aplicación de la doctrina alemana de la separación (*Trennungslehre*), consistente en diferenciar el daño de la vida de los gastos extraordinarios que supone para los padres el sostenimiento de ese hijo por su enfermedad, y centrando el perjuicio en la lesión de la libertad de procreación o en el derecho de la madre a optar por la interrupción legal del embarazo.⁴⁶⁸ Se distingue, pues, entre la indemnización de la vida misma, y la indemnización de los perjuicios derivados del nacimiento y vida de un ser con graves malformaciones, distinguiendo entre daños morales y patrimoniales. Con ello lo que se persigue es no sublimar la vida (bien que ya es sublime "*per se*"), sino la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad individual y familiar.

Partiendo de esta premisa, a la hora de determinar el daño, son varias las posibilidades que vienen recogiendo nuestros Tribunales; diversidad que es producto de la ampliación del concepto del daño que ha tenido lugar en este tipo de acciones con motivo de su progresiva aceptación como figura jurídica:

a) El daño por lesión del derecho a la información *per se*: Causado por la omisión o el error en la información necesaria para que la perjudicada o perjudicados pudieran tomar una decisión fundamentada y acorde a sus principios morales o religiosos. El efecto lesivo, no reside tanto en el desconocimiento de la enfermedad del feto, sino en la limitación de opciones que ello supone para los padres, que no pueden reaccionar con tiempo ante una situación que afectará profundamente a sus vidas; por cuanto se les "*ha privado de la facultad de decidir de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas actuaciones que pudiera considerar adecuada ante una situación tan delicada y comprometida, como la acontecida...*".⁴⁶⁹

b) La Pérdida de Oportunidad: A ojos de un importante sector doctrinal, el efecto lesivo en este tipo de casos puede traducirse en una pérdida de oportunidad, al entender que se ha privado a la madre de la posibilidad de decidir sobre su futuro y el de su hijo, equiparando el grado de incertidumbre inherente a tal figura al que conllevan estos supuestos, pues se desconoce cómo se habrían desarrollado los hechos de no haberse producido el error u omisión en la información suministrada (si de haberse proporcionado la información, se habría optado por el aborto, si se habría acudido a la realización de pruebas más arriesgadas...). Es el caso, por ejemplo, de la

birth", parece claro que se refiere a ese concepto, no como acción (pues ésta si se viene admitiendo), sino como daño (en el sentido de nacimiento equivocado).

⁴⁶⁸ En este sentido, PACHECO JIMENEZ, M.N. (2011). Pág. 8.

⁴⁶⁹ Vid. STS de 7 de Junio de 2002.

STS (Sala 3ª) de 4 de Noviembre de 2008, en el que se da a luz a una niña con síndrome de Down, sin que se le realizase prueba alguna a la madre, pese a su edad y antecedentes, para la detección precoz de dicha patología en el feto. El TS reconoce que cabe indemnizar como daño moral la pérdida de oportunidad inherente a la posibilidad arrebatada de haber podido decidir poner fin legalmente al embarazo, añadiendo en el resarcimiento la partida correspondiente al coste extraordinario derivado de la enfermedad de la niña.⁴⁷⁰

c) Daño moral por la falta de preparación psicológica ante el nacimiento del hijo enfermo o discapacitado: Junto a esa lesión de la libertad de procrear, es igualmente indemnizable, en algunos casos, el disgusto, shock o sorpresa ante la noticia del embarazo inesperado, dada la grave alteración que el suceso implica con respecto a las previsiones realizadas por la familia *“con trastornos de diversa índole, y sin duda, entre los más significativos, aquellos señalados de inquietud, ansiedad, angustia y zozobra”*, lo que se ha entendido como daño moral a compensar.⁴⁷¹ Esta tesis ha sido ampliamente respaldada por la doctrina, matizándose por algunos que la procedencia de esta partida ha de ir ligada al hecho de que los padres desconocieran el verdadero estado del feto, es decir, que les haya *“pillado por sorpresa”*, pues este concepto se sustenta precisamente en el impacto ante el descubrimiento de la enfermedad de su hijo en el momento de su alumbramiento.⁴⁷² No obstante, habría que evaluar cada caso concreto, pues no es lo mismo una sospecha previa que un conocimiento certero, y en cualquier caso el grado de fiabilidad de la sospecha debería ir aparejado a la fiabilidad de la prueba.

d) El perjuicio económico “de rebote” para los padres, tutores o familiares más cercanos: Esta teoría que goza también de fuerte aceptación, entiende que el perjudicado directo es el niño, resultando indirectamente afectados los progenitores tanto en la esfera psíquica como en la patrimonial; con lo que serían justificables los daños sufridos por el padre o incluso ampliar la condición de perjudicado a otros sujetos como los hermanos o los abuelos (si bien tendrían que acreditar su daño moral por no gozar de la presunción *iuris tantum* que tienen los progenitores).

⁴⁷⁰ Esta teoría tiene, no obstante, numerosos detractores como GALÁN CORTÉS, que partiendo de la construcción francesa de la pérdida de oportunidad entiende que su aplicación presenta un obstáculo insalvable, pues ello conllevaría calificar el hecho de “no nacer” como un beneficio esperado, lo que es sin duda discutible. GALAN CORTES, J.C. (1998), Pág. 1706. A esta duda se suma el argumento aportado por otros autores, como es el hecho de que en estos casos no concurra el necesario elemento aleatorio, al no depender la opción de abortar del azar (implícito en la pérdida de oportunidad), sino de la voluntad de la madre. ROMERO COLOMA, A.M. (2010). Pág. 2597.

⁴⁷¹ Este es el caso de la STS 23 de Noviembre de 2007.

⁴⁷² MARTIN CASALS, M. Y SOLE FELIU, J. (2002). Págs. 1115 y 1116.

Este concepto está formado por dos partidas: el daño patrimonial inherente a la enfermedad del niño y el daño patrimonial por imprevisión de los gastos futuros.

Con respecto a la primero, excluida la indemnización de los gastos ordinarios de alimentación de un hijo, al ser propios del deber legal (personalísimo, intransferible e irrenunciable) de alimentos que atañe a los padres, previsto en el art. 151 del C.C.; el TS ha matizado que sí son resarcibles aquellos gastos que se presentan de forma extraordinaria como plus que resulta de la incapacidad, por las necesidades especiales que derivan de esa situación.

En lo referido a la indemnización en concepto del sobre coste económico que supondrá en el futuro la crianza del hijo aquejado de una grave enfermedad, puede ocurrir que no puedan concretarse o vislumbrarse los gastos extraordinarios que habrán de ir afrontándose, dado el componente de variabilidad (dependiendo de la mejoría o empeoramiento del enfermo), a lo que se añade que se trata de un resarcimiento indeterminado temporalmente. En estas circunstancias, en algún caso se ha optado por considerar procedente el abono de una pensión ligada a la vida del hijo mediante pagos periódicos mensuales, para garantizar el destino asignado a la indemnización, evitando así que quede integrado en el patrimonio de los padres.⁴⁷³ Estos conceptos puramente patrimoniales no pocas veces se califican por el Tribunal como daño moral, sirviéndose de los mayores márgenes que, como iremos viendo, ello implica.

e) Daño moral “de rebote”, derivado de la condición enferma del hijo: Abarca desde el sufrimiento y aflicción natural de los padres ante el nacimiento de su hijo enfermo y el dolor ante la contemplación del desarrollo del niño en esas condiciones, hasta los estados comprensibles de impotencia, angustia, ansiedad y zozobra que de ello se deriva.⁴⁷⁴

No obstante, algunos autores consideran que el verdadero daño moral es la privación del derecho a decidir que sufre la madre o ambos progenitores, siendo éste daño el eje de este tipo de acciones.⁴⁷⁵

⁴⁷³ Posibilidad que estaba prevista en el art. 141. LRJ-PAC (ahora art. 34 Ley 40/2015, de 1 de Octubre), que ha sido acogida por diversas sentencias, como son STS 18 de Mayo de 2006, STSJ Valencia de 23 de Octubre de 2009 confirmada por STS de 30 de Septiembre de 2010 y la STS 16 de Junio de 2010. O por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en su dictamen 318/13 de 30 de Julio de 2013.

⁴⁷⁴ En apoyo de esta tesis, DE ANGEL YAGÜEZ, R. (1996). Págs. 110 y 111.

⁴⁷⁵ ROMERO COLOMA, A.M. (2009). Pág. 4.

f) El daño por la privación del derecho a ejercer la libertad de procreación (en el caso del diagnóstico pre-conceptivo) o bien a decidir sobre la posibilidad de practicar un aborto eugenésico dentro del plazo legal (en el prenatal), lo que la doctrina autorizada ha calificado como daño de naturaleza exclusivamente moral.

Constituye una fórmula que parece resultar más adecuada que la aplicación de la pérdida de oportunidad (que ha sido ampliamente rechazado por la doctrina) y la problemática relativa a los cursos causales no verificables o de causalidad hipotética; pues en estos casos -teniendo en cuenta todos los factores concurrentes y lo personal de la escala de valores de cada individuo-, resulta muy complicado adivinar y saber con certeza si la madre habría o no abortado o dejado de concebir (en el caso del diagnóstico pre conceptual), dificultando la tarea de relacionar el acto médico con la privación efectiva del derecho al aborto legal.

Esta es la tesis mayoritariamente aceptada por la doctrina⁴⁷⁶ y por la Jurisprudencia del TS (tanto en el orden civil como en el contencioso), de la que no ha sido fácil extraer una única línea jurisprudencial, al ser cada una de las sentencias diferentes en sus razonamientos. Sin embargo, el Tribunal Supremo se ha mostrado también en este campo titubeante, cambiando su posición en algunos aspectos, como se hace constar en ciertas sentencias⁴⁷⁷. Todas ellas, sin excepción, muestran que el criterio del Alto Tribunal, al interpretar las normas sobre responsabilidad patrimonial administrativa o las civiles sobre responsabilidad extracontractual o contractual, es claramente favorable a apreciar como daño la falta de información o la deficiente o errónea información de diagnóstico prenatal⁴⁷⁸, en cuanto priva de la posibilidad de acogerse al supuesto despenalizado del llamado aborto eugenésico, oscilando su

⁴⁷⁶ DIEZ-PICAZO JIMENEZ, G. (1998).

⁴⁷⁷ SSTs (Sala 3ª) núm. 677/2006, de 21 de febrero de 2006; 5481/2006, de 30 de junio de 2006; 3216/2007, de 10 de mayo de 2007; 6490/2007, de 16 de octubre de 2007; 8332/2007, de 5 de diciembre de 2007; 8002/2009, de 24 de noviembre de 2009; 3000/2010, de 25 de mayo de 2010 y 3364/2010, de 16 de junio de 2010. En cuanto a la jurisprudencia de la Sala de lo Civil, cabe citar, entre otras, las STSS 3999/1997, de 6 de junio de 1997; 679/1999, de 4 de febrero de 1999; 7433/2005, de 21 de diciembre de 2005; 5044/2007, de 19 de julio de 2007; 7945/2007, de 23 de noviembre de 2007 y 5536/2008, de 24 de octubre de 2008).

⁴⁷⁸ La STS (Sala 1ª) de 31 de Mayo de 2011 señala que el derecho a recibir información en este ámbito, "tiene por objeto no sólo el conocimiento por la gestante de la finalidad y naturaleza de las pruebas que se realizan para seguir la evolución del embarazo, sino la que resulta de las pruebas en cuanto puedan tener incidencia en la Lex artis. En el caso del diagnóstico prenatal, dice la sentencia de 21 de diciembre de 2005, se traduce en la información que por parte de los profesionales que practican la prueba, se debe proporcionar a quien presta su consentimiento y se somete a ellas de todas las posibilidades efectivas de irregularidades o de riesgo para el feto, incluso las más remotas, que pudieran acaecer y tomarse en consideración en el plano científico y en el experimental, es decir, toda la información médicamente conocida y constatada, incluida la que resulta de una estadística de resultados, pues esto es en definitiva lo que representa su finalidad propia y lo que va a permitir a los interesados tomar la decisión que consideren más conveniente, tanto de presente como de futuro".

criterio sobre la necesidad de que haya de constar, o no, la voluntad de la madre de proseguir su embarazo.

Al producirse una lesión del derecho a la información de la paciente, bien por omisión o por defecto⁴⁷⁹, como consecuencia de una mala praxis médica, se le está privando de un derecho legalmente reconocido como es el de decidir acerca de su autodeterminación personal; y, si lo considera conveniente para sus intereses, practicar un aborto eugenésico, dentro del plazo legalmente establecido para ello. De manera que la lesión del derecho a la información, como reverso de la infracción del deber de información del médico, incide sobre la esfera más íntima del paciente, constituyendo una infracción del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad, que incluye la libre determinación en relación a la planificación familiar. El daño no se agota en la infracción del derecho a la información, prescindiendo de si se producen consecuencias o no en la esfera moral o patrimonial del titular de ese derecho, sino que desde la perspectiva jurídica, el daño indemnizable reside en los efectos que esa infracción puede producir en el ámbito de la autonomía personal del paciente. Es decir, se identifica no con la mera privación de este derecho de información sino con el efecto que conlleva, esto es, la imposibilidad de decidir sobre la opción de practicar un aborto dentro del plazo legal; capacidad de autodeterminación que la doctrina considera de naturaleza exclusivamente moral.⁴⁸⁰

Por otra parte, plantear el daño en términos de privación de la libertad de decidir permite que pueda establecerse, con mayor facilidad, la relación de causalidad con la actuación sanitaria, enlazando así actuación/omisión con la privación de información y ésta a su vez con la imposibilidad de disponer de dicha información para ejercer la libertad de procrear o de hacer uso del aborto legal.⁴⁸¹

En cuanto a los efectos de tal privación, y si bien parecen ir acercándose, son distintas las posturas entre la Jurisdicción Civil y la Contencioso-Administrativa:

⁴⁷⁹ Derecho previsto en los arts. 2, 4 y 5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

⁴⁸⁰ Como ejemplo, cabe citar la STSJ Asturias núm. 1076/2013, Sala de lo Contencioso de 7 de Octubre de 2013, que resuelve recurso contencioso por los progenitores en su propio nombre y derecho y, además, en representación de su hijo menor nacido con malformaciones que el Tribunal estima podían haber sido detectadas en una fecha en la que se podía haber optado por la interrupción legal del embarazo. Reconociendo la facultad y obligación de los padres para demandar en defensa de los intereses del hijo, el Tribunal sólo señala como cuestionable la reclamación del daño relacionado con la propia vida del hijo, aunque no se motiva el rechazo expresamente, cuantificando la indemnización por la privación de la autodeterminación de los padres en 90.000€.

⁴⁸¹ Argumento que se defiende por MACIA MORILLO, A. (2006). Pág. 84.

En su ámbito Civil, el Tribunal Supremo (Sala 1ª) considera indemnizable el daño moral de los padres (en una doble vertiente: la de privación de la posibilidad de decidir y la de los sufrimientos por la situación del hijo), más los daños patrimoniales derivados de la discapacidad de su hijo; por cuanto el daño deviene:

“ (...) no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir libremente acerca de su situación personal y familiar, y de consentir dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable –daño moral- y de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales –daños patrimoniales-, teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad”⁴⁸²

Este criterio es el que ha venido manteniendo la Sala 1ª del TS, con excepción de dos ocasiones en las que, únicamente, se ha reconocido un daño moral.⁴⁸³

Anteriormente, en la STS 6 de Junio de 1997 se concebía como daño *“el impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que pueden llegar a alcanzar edades medianas (niño con síndrome de down) lo que precisa, a su vez, una atención fija permanente y por lo común asalariada”*. La STS 4 de Febrero de 1999 habla de las necesidades que los padres habrán de satisfacer al margen de la Seguridad Social, así como el duro golpe moral para la hija. En la STS de 18 de Diciembre de 2003 se señalan las expectativas que se han privado a los progenitores y la repercusión en sus vidas, además del daño moral, valorando conjuntamente daños morales y gastos. Sin embargo, la Sala de lo Civil del Alto Tribunal, en su Sentencia 7433/2005, de 21 de diciembre de 2005, con mención de la anteriormente citada Sentencia de 6 de junio de 1997, considera daños morales los padecimientos de los padres consecuentes al nacimiento de un hijo discapacitado, señalando que: *“Son daños susceptibles de reparación económica con un doble*

⁴⁸² Así lo expresa la STS (Sala 1ª) de 14 de Marzo de 2013, con cita de la STS de 31 de Mayo de 2011.

⁴⁸³ Excepciones que tienen lugar con la STS 6 de Julio de 2007 (el TS entiende que aunque hay nexo causal entre la ausencia de información sobre la posibilidad de realizar un triple screening y la lesión a la facultad de autodeterminación de la madre; es frágil la relación entre esa omisión y el nacimiento del niño con síndrome de down -por la escasa fiabilidad de la prueba y la incertidumbre del resultado-, por lo que no cabe imputar a los sanitarios más que un daño moral); y STS 23 de Mayo de 2007 (en la que, siendo distinto el supuesto de hecho, igualmente sólo se indemniza el daño moral, a pesar de que alude a los gastos que se generan a los padres con cita en la STS de 21 de Diciembre de 2001).

contenido: moral y patrimonial. Aquel derivado de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento y ulterior nacimiento de un hijo discapacitado (...) Éste, consecuencia de la existencia de un perjuicio efectivo y perfectamente evaluable que puede resultar del coste de las pruebas diagnósticas, de un innecesario embarazo y parto y de la adaptación de los padres a la nueva situación, social, familiar, económica y de atención especial surgida de un hecho imprevisible y extraordinario para ellos.”

Más recientemente, la STS 157/2013, de 14 de Marzo de 2013 (en la que se confirma la responsabilidad del ginecólogo por el nacimiento de un niño con graves malformaciones no advertidas durante la gestación), subraya como daño los efectos que la privación de la opción a abortar conlleva, derivados de los sufrimientos y padecimientos morales además de la necesidad de realizar gastos extraordinarios por el plus que resulta de la incapacidad del niño. Con ello se vuelve al doble concepto indemnizatorio: daño moral+daño patrimonial, con independencia de que no se desglosen las cuantías de cada uno.

Por su parte, en la **Jurisdicción Contencioso-Administrativa** (donde estas acciones empiezan a plantearse más tarde que en la Civil)⁴⁸⁴ puede observarse una línea general, que viene configurada por los siguientes presupuestos:

- Se tiene en cuenta cuál habría sido la decisión de la madre si hubiera tenido la opción de decidir abortar; no obstante, con remisión a la STS (Sala 1ª) de 2 de Junio de 2002, el TS aclara que la jurisprudencia contencioso-administrativa no exige dicha prueba a la madre, sino que sea la Administración la que acredite que no hubiera abortado.⁴⁸⁵
- En cuanto a la determinación del daño, la Sala de lo Contencioso se muestra más titubeante, existiendo algunos pronunciamientos que consideran que sólo resulta indemnizable el daño moral de no haber podido decidir con conocimiento de causa, sobre la interrupción del embarazo, mientras que hay otros que consideran también el daño patrimonial que cumple indemnizar *in integrum*. Si bien, la línea general en un principio es reconocer sólo el daño moral (a diferencia de la Sala 1ª),

⁴⁸⁴ La STS de 4 de Noviembre de 2005 es la primera dictada por la Sala Tercera (la Civil ya había dictado cinco). En ella reclaman los padres de un niño que nace con síndrome de Down, porque una vez realizado el triple *screening*, el resultado no llega a la Unidad de Diagnóstico Prenatal, por lo que no pudo ser nunca conocido por la madre, sin poder plantearse si se haría más pruebas. El TS, confirmando la sentencia de la AN, reconoce una indemnización de 60.000€ por daño moral, al entender que el funcionamiento anormal de la Administración lesionó la voluntad de autodeterminación ligada al principio de dignidad.

⁴⁸⁵ STSS (Sala 3ª) de 30 de Junio de 2006, 10 de Mayo de 2007, 16 de Octubre de 2007 y 5 de Diciembre de 2007.

en dos ocasiones admite también la indemnización por conceptos económicos⁴⁸⁶. Ya con la STS 4 de Noviembre de 2008 la Sala 3ª no sólo indemniza el daño moral, sino también los gastos extraordinarios derivados de la discapacidad del hijo, pronunciándose sobre ellos: con referencia a la jurisprudencia en materia de embarazos no deseados, y teniendo en consideración que no son indemnizables los gastos ordinarios de la manutención del niño por recaer en los padres la obligación jurídica de soportarlos, reconoce indemnizable *“la lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar a una hija con síndrome de down”*, al separarse las circunstancias de lo normal, por implicar *“una carga económicamente muy superior a la ordinaria”*. Este criterio se ha venido reiterando en las siguientes sentencias: en STS 27 de Octubre de 2010 o en la STS 28 de Marzo de 2012 (en ésta, curiosamente, se reconoce la partida económica a la menor, en concepto del sobre coste que genera su crianza y educación conforme a sus posibilidades, con sometimiento a las prevenciones para la administración de los bienes de los menores de edad⁴⁸⁷) y la más reciente STS de 8 de Diciembre de 2012 (aunque en ésta última se desestima la pretensión por prescripción de la reclamación), en las que se entiende consolidada la jurisprudencia de la Sala en el sentido de establecer que *no sólo es indemnizable el daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo -pérdida de oportunidad-, sino también el mayor coste o el incremento que supone la crianza de un hijo afectado, en aquellos casos con síndrome de Down. Inexcusablemente ambos –daño moral y daño patrimonial- deben ir unidos si se pretende una reparación integral del daño (art. 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre)”*.

Cuando se da el supuesto de que el bebé que nace enfermo o con malformaciones muere a consecuencia de ello al tiempo de nacer, cabe añadir como motivo de reclamación, la privación a los progenitores de proporcionar a su hijo un tratamiento adecuado a su dolencia en un estadio precoz, con la clasificación y seguimiento del

⁴⁸⁶ STS 14 de Marzo de 2007, que al no entrar a valorar la indemnización reconocida por este concepto por la Audiencia Nacional, confirma la misma, incluyéndose junto al daño moral los gastos derivados de las necesidades debidas a las malformaciones del hijo y los inherentes al tratamiento médico y rehabilitador no cubiertos por la Seguridad Social. Igualmente, en la STS 27 de Junio de 2007.

⁴⁸⁷ Resulta contradictorio, pues es claro que la merma o perjuicio patrimonial no la sufre la menor, sino sus progenitores (u otras personas que en su ausencia acrediten que están bajo su tutela), por lo que sólo éstos podrían reclamar y poder percibir una indemnización por el sobre coste de su crianza; sin embargo, parece adivinarse que el Tribunal tiene voluntad de asegurar que esa partida económica se emplee para el fin establecido, destinado al cuidado del enfermo, con los controles previstos en la legislación civil. De la misma forma, se indemniza igualmente en la STSJ Madrid 614/2013, de 29 de Julio de 2013, también a los progenitores el daño moral y el sobre coste económico al hijo nacido enfermo.

embarazo adecuados a la grave situación, lo que habría de tenerse en cuenta a la hora de valorar el daño, una vez determinadas las posibilidades reales de curación.⁴⁸⁸

3º) La relación de causalidad

Es aquí donde reside una de las mayores complicaciones que presentan este tipo de acciones: establecer una relación de causalidad entre la actuación del facultativo y el efecto lesivo, radicando la principal dificultad en que es parte de la causalidad la decisión de la mujer, algo que normalmente será una hipótesis. Ello obliga a que haya de recurrirse a la Teoría de los Cursos Causales no verificables, estableciendo suposiciones sobre si realmente la conducta del médico fue la causa de que la madre no pudiera abortar, para luego determinar si, de haber sido así, la madre habría decidido interrumpir el embarazo en caso de ser viable médica y legalmente.

Dada la dificultad de prueba en estos casos, a través de la jurisprudencia se han ido desarrollando una serie de presunciones en base a la naturaleza de los actos y pruebas prenatales a los que se somete la gestante, en función del riesgo y fiabilidad de las mismas (hipótesis que, como presunción que es, podrá ser desvirtuada con los correspondientes elementos de juicio). De esta forma, se estima que cuando la madre se somete a una prueba diagnóstica que es más fiable pero que entraña riesgo (como la amniocentesis y biopsia corial), está asumiendo un riesgo para la vida del feto, pudiendo deducirse que persigue una certeza para poder decidir al respecto (en base a lo cual, cabe presumir, a su vez, su intención de optar al aborto en caso de enfermedad del feto)⁴⁸⁹. Por el contrario, cuando se trata de ecografías y triple *screening* (no optando por otras pruebas más invasivas), aunque se somete la gestante a una prueba para conocer el estado del feto, no está comprometiendo la

⁴⁸⁸ En el caso de la SAP Barcelona, de 30 de Diciembre de 2011, la sentencia de instancia establece como perjuicios indemnizables a los padres del bebé fallecido, de cuyas malformaciones (hernia diafragmática) no habían sido advertidos, por un lado el daño moral que supuso para los progenitores el fallecimiento, tras intervenirle tres días después de nacer; y, de otro, el “falso negativo” que supuso para los padres el impacto moral de conocer en el mismo momento del nacimiento las gravísimas malformaciones cuando creían que el bebé nacería sano, aplicando un factor de corrección del 50% en consideración a las posibilidades reales de sanación. La AP si bien entiende que, a pesar de la omisión del diagnóstico previo sobre la grave dolencia, el tratamiento dispensado inicial fue adecuado a las circunstancias de la “*lex artis ad hoc*”, sin que se haya demostrado que aquél hubiera influido en el fatal desenlace acaecido; concluye que procede mantener los dos conceptos indemnizatorios expuestos, si bien el porcentaje de corrección sólo habría de aplicarse a la indemnización por fallecimiento y no al “falso negativo”, pues el daño moral que de ello se deriva es ajeno al pronóstico de supervivencia y/o mortalidad de la dolencia padecida, elevándose la cuantía indemnizatoria a 90.000€ frente a los 70.000€ de la sentencia de instancia.

⁴⁸⁹ Es el caso de la STS (Sala 3ª), de 5 de Diciembre de 2007, en cuyos fundamentos, siguiendo el criterio del Tribunal de Instancia, pone de relieve que ya que se propuso a la interesada la realización de la prueba de amniocentesis que decidió no hacer, de por sí, puede considerarse como una actitud opuesta al ejercicio de la interrupción voluntaria del embarazo.

vida de éste con ello, pudiendo interpretar que no tiene intención de interrumpir el embarazo.

No obstante, este punto no resulta nada pacífico, pues si bien para un sector de la doctrina es necesario que se acredite tal voluntad (aunque sea con la mera manifestación posterior de la madre, que no pueda ser rebatida por ser incoherente con sus convicciones morales); por el contrario, entienden otros autores que el daño no es la pérdida del derecho a abortar, sino del derecho a planteárselo (es decir, del derecho a la libre determinación), porque aunque no se sepa qué habría decidido, lo que resulta cierto es que no pudo decidir por no tener información, y eso se considera en sí mismo como daño⁴⁹⁰, resultando a su juicio irrelevante esa hipotética voluntad.⁴⁹¹

Tras la Sentencia de 7 de Junio de 2002 que desestima la demanda por entender que la madre no hubiera abortado, las sentencias posteriores (STSS de 18 de Diciembre de 2003 y 19 de Julio de 2005) no tuvieron en consideración esta cuestión; afirmándose ya en la de 21 de Diciembre de 2005 (que se reproduce en la STS de 31 de Mayo de 2011), que la relación de causalidad surge con independencia de que la madre alegue su intención de abortar, constituyendo *“un debate estéril y fundado en simples y absurdas especulaciones que no hace más que añadir una cierta complejidad probatoria”*, que carece de una respuesta cierta y ofrece un curso causal inseguro o simplemente especulativo⁴⁹²; pues la decisión de abortar no está vinculada necesariamente a un complejo debate jurídico más allá de lo que resulta de la privación a la mujer del derecho a tomar una decisión de forma voluntaria y libre en relación a su práctica (que puede o no coincidir con la continuación del embarazo en razón a criterios de lo más variados, como señaló la STC 53/85, de 11 de Abril,

⁴⁹⁰ MACIA MORILLO, A. (2011). Pág. 87.

⁴⁹¹ Cuando la acción es ejercitada por la madre se ha venido exigiendo como elemento necesario, pero no suficiente, no sólo el que aquella pudiera haber abortado legalmente sino que, además, declare que lo habría hecho, lo que introduce un doble razonamiento a realizar entre la actuación sanitaria y el desenlace, de forma que no hay uno sino dos problemas de relación de causalidad. Y así lo pone de relieve la SAP Cádiz de 17 de Septiembre de 2002.

⁴⁹² Realmente, son los facultativos los que en su derecho de defensa, vienen alegando que aún de haberse probado que la información del diagnóstico prenatal era la correcta, la madre no habría abortado; táctica que parece responder a la doctrina germánica de la “conducta alternativa conforme a Derecho”, por la cual un daño no resulta imputable a su causante si de haber actuado conforme a Derecho, se hubiera producido igualmente (aplicación que por otra parte no está exenta de reparos). Y es que no parece que el empleo de esta doctrina pueda servir de huida para quienes han ocasionado con su conducta una serie de consecuencias dañosas a la madre o a ambos progenitores, por lo que una correcta aplicación de esa doctrina no debería gravar a la madre con la carga de probar que de haber podido, hubiera abortado; máxime cuando la regla procesal determina que quien alega un hecho soporta tal carga. PACHECO JIMENEZ, M. (2011) Pág. 12 y MARTIN CASALS, M. y SOLE FELIU J. (2004). Pág. 8.

derivados del vínculo natural que se establece entre la madre y el *nasciturus* o de ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales).⁴⁹³

Un análisis detallado de las sentencias, nos muestra que no todas las actuaciones defectuosas de los ecógrafos o ginecólogos en el seguimiento del embarazo pueden vincularse con la lesión de la facultad de optar al aborto legal, pues en determinados supuestos cuando se produce la conducta lesiva (ese falso negativo del que hemos hablado anteriormente), los plazos para el ejercicio de dicha opción ya habían transcurrido, siendo imposible plantearse la posibilidad de abortar legalmente. Esta circunstancia hace desaparecer el fundamento de las acciones de *wrongful birth*; por lo que habrá de reconducirse la cuestión, estableciendo una relación causal con otro daño moral, como es el derivado del impacto o shock psicológico sufrido por los padres al conocer (cuando nace su hijo) que éste padece graves anomalías físicas, sin que hayan podido prepararse psicológicamente para atenuar el impacto que supone.

a.- La conexión con la imputación objetiva

Partiendo de que reclamaciones como éstas no se basan en el hecho de que el profesional sanitario haya causado el mal que sufre el niño, sino que dejó de advertir de él a sus progenitores por algún error; el hecho lesivo es no haber podido impedir el nacimiento, permitiendo que nazca y viva enfermo. Nos encontramos, por tanto, ante una causación por omisión. De tal modo, que en estos casos para establecer el oportuno enlace causal preciso y directo, un sector doctrinal⁴⁹⁴ viene apuntando que no sólo ha de analizarse el comportamiento del facultativo para comprobar si además de un enlace físico entre omisión y resultado, es posible la imputación objetiva del mismo, examinando si hubo o no un incremento del riesgo por parte del actuar de los facultativos.⁴⁹⁵

b.- La aplicación de la pérdida de oportunidad en su relación causal

⁴⁹³ A este respecto, la STS 21 de Diciembre de 2005 y STS 31 de Mayo de 2011 antes citada.

⁴⁹⁴ MARTÍN CASALS, M. y SOLE FELIÚ, J. (2002).

⁴⁹⁵ En base a tal razonamiento se analiza, por ejemplo, el caso resuelto por la SAP Girona de 6 de Mayo de 2013, en el que se desestima la demanda al entender que la conducta de los demandados comparada con su alternativa diligente no incrementó el riesgo de que se produjera el daño en cuestión, puesto que sólo realizaron control los dos primeros trimestres de la gestación, y ello se hizo con seguimiento de los protocolos médico-sanitarios y pautas de conducta al uso, y en ese periodo no era posible detectar, por medio de marcadores, precisos e indubitados, el síndrome que padece el menor, de modo que aflorara como aconsejable la interrupción voluntaria del embarazo antes de las 22 semanas de gestación.

Por otra parte, en algunos supuestos, en los que existe incertidumbre, se aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad, no en cuanto al daño –donde se rechaza, porque no se pierde una oportunidad, sino que se lesiona un derecho de la madre/los padres-, sino en el plano de la causalidad jurídicamente relevante y además como instrumento del cálculo indemnizatorio. Se entiende, así, que el déficit de información padecido por la perjudicada ha de valorarse conforme a dicha teoría, cuando la realización de la prueba a la que podía haberse recurrido no garantizaba plenamente la detección de malformaciones fetales, sino que acrecentaba las posibilidades de detección; presumiéndose, por tanto, como razonable la espera de un mayor beneficio de haber actuado de otra forma.⁴⁹⁶ Sin embargo, si consideramos que para la aplicación de la pérdida de oportunidad es imprescindible que la producción del evento favorable para la víctima quede fuera de su ámbito de actuación o disposición, no parece que se pueda aplicar a este supuesto, en el que la decisión, conforme a la regulación en vigor, depende exclusivamente de la madre.⁴⁹⁷

4º) La valoración del daño y su resarcimiento en las acciones de *wrongful birth*

Como hemos visto, partiendo de los presupuestos expuestos, el Tribunal Supremo considera como daño moral el derivado de la lesión al derecho de autodeterminación o al derecho a la información necesaria para la preparación psicológica ante el nacimiento en condiciones adversas, y no el nacimiento del hijo con anomalías congénitas.⁴⁹⁸ Otra cosa es que la congruencia entre esta consideración y las cuantías que se consideran finalmente indemnizables (que parecen excederse de lo que se viene reconociendo para los daños morales), haya obligado finalmente al Alto Tribunal a reconocer que, junto con el daño moral, han de indemnizarse otros de carácter material consistentes en los mayores gastos ocasionados por la atención de un hijo con anomalías congénitas.⁴⁹⁹

¿Daño moral o daño patrimonial? Realmente, con ese sobredimensionamiento del daño moral, se vislumbra un componente patrimonial encubierto, resarcido bajo ese

⁴⁹⁶ Este es el caso de la STSJ Andalucía, de 2 de Septiembre de 2014, en el que, ante la falta de información a la recurrente sobre la prueba del screening bioquímico (cuya realización estaba justificada por las circunstancias personales de la gestante) y de la capacidad diagnóstica limitada de las ecografías realizadas, naciendo el bebé con espina bífida, se valora como pérdida de oportunidad, por no tener plena certeza de que dicha prueba pudiera detectar tal malformación; si bien se renuncia a establecer con precisión las oportunidades de detección realmente frustradas para la valoración del daño, cuantificando la indemnización en 30.000€ en concepto de daño moral para los dos cónyuges conforme a supuestos similares y “tratando de ajustar al máximo la indemnización debida a los estándares sociales”

⁴⁹⁷ MORENO ALEMAN, J. (2006). Pág. 90.

⁴⁹⁸ SSTs de 30 de junio de 2006, y 14 de marzo, 10 de mayo y 16 de octubre de 2007.

⁴⁹⁹ SSTs (Sala 1ª) de 21 de diciembre de 2005 y (Sala 3ª) del 4 noviembre 2008 y 16 junio 2010.

concepto una partida económica destinada realmente a contribuir a los gastos necesarios para los cuidados de un niño enfermo. Con ello, parece ponerse de manifiesto otra función de los daños morales, cual es la de aligerar la tarea de valorar los daños patrimoniales (que resultan, por motivos diversos, complicados de cuantificar). Es cuestionable que ello responda al deber de congruencia, constituyendo, según la denomina el propio ex Presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo XIOL RÍOS *“la falacia del daño moral”*⁵⁰⁰. De este modo, se acaba socializando por la vía de los tribunales el coste de esa vida digna que los Poderes Públicos deberían asegurar a los discapacitados, con el establecimiento de un sistema de ayudas y prestaciones que garantizaran su mayor bienestar.

Sin perjuicio de lo anterior, también podrían ser generadores de daños morales, sin duda, ciertos eventos futuros derivados de la enfermedad del hijo nacido, que por el momento se presentan enteramente inciertos. Sin embargo, concretado el daño en la privación del derecho de autodeterminación, establecer el nexo causal con otros posibles perjuicios presenta algunos problemas; especialmente en lo que se refiere a los que vienen asociados a eventos posteriores al nacimiento, pues es cuestionable que sea posible su imputación objetiva al personal sanitario cuando es un daño que ocurre después. De manera que, salvo que en el caso concreto se acredite que se produjo de forma efectiva un incremento del riesgo, la conclusión es que no se le pueden imputar objetivamente estos daños a la Administración Sanitaria.⁵⁰¹

De cualquier forma, como ha dejado expresamente reconocido el Tribunal Supremo en su Sentencia 3216/2007, de 10 de mayo, la aparición en el futuro de manifestaciones dañinas permitiría formular nueva reclamación cuando éstas sobrevengan,⁵⁰² por lo que no tendrían que quedar indemnes tales daños.

Ante la dificultad para valorar este tipo de daños, los Tribunales suelen acudir a criterios de prudencia o bien a la aplicación mal llamada “analógica”⁵⁰³ del baremo de tráfico, y en concreto a la cuantía establecida para los daños morales complementarios

⁵⁰⁰ XIOL RÍOS, J.A. (2010), Págs. 9 a 38.

⁵⁰¹ Vid. MACIA MORILLO, A. (2011). Pág. 85.

⁵⁰² Señala la STS núm. 3216/2007, de 10 de Mayo de 2007: *“Si como consecuencia de la afectación del menor asintomático en la fecha de la reclamación, este presentase una evolución que se plasmase en cualquier patología”* derivada de la adrenoleucodistrofia, *“tendrá derecho él o sus representantes legales a ser indemnizado por aquella, a cuyo fin podrán ejercitar las acciones que estimen convenientes”*.

⁵⁰³ Como desarrollaremos en el capítulo VII relativo al resarcimiento del daño moral, la aplicación de las normas de tráfico tiene un carácter orientador o referencial, siendo incorrecta la calificación de analógico, al no existir una laguna al respecto en sentido jurídico.

en caso de secuelas de especial gravedad.⁵⁰⁴ Es especialmente ilustrativa la sentencia del JCA nº1 de Santander de 14 de Noviembre de 2014, en la que, además de recapitular las posibles consecuencias lesivas en este tipo de acción, se hace uso de una serie de parámetros para cada uno de los daños determinados según las distintas teorías expuestas, con el ánimo de ofrecer un instrumento objetivador del resarcimiento.⁵⁰⁵ No obstante, lo cierto es que a la hora de valorar el daño cuando es exclusivamente moral, tanto la Sala 1ª como la Sala 3ª vienen realizando una fijación ponderada, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes del caso.

5º) Legitimación activa

Enlazar el daño directamente con el derecho a optar al aborto legal lleva a limitar la legitimación para reclamar por *wrongful birth* a la madre, pues es un derecho que le corresponde de forma personal e intransferible, ya que la voluntad del padre no se tuvo en cuenta al establecer los supuestos legales de despenalización del aborto⁵⁰⁶. En este sentido, la **STS 3ª de 5 de Diciembre de 2007** (único caso planteado ante el TS por el padre en solitario) no reconoce legitimación activa a éste, entendiendo que falta el litisconsorcio activo necesario de la madre⁵⁰⁷. De este modo es la madre la única que puede reclamar sola o bien ambos conjuntamente, pero no el padre en solitario, pues en la medida en que el daño ha de ser personal, el que reclama lo ha de haber sufrido.

⁵⁰⁴ Criterio que emplea la STS Sala 3ª de 4 de Abril de 2000.

⁵⁰⁵ El juzgado señala éste como criterio objetivador a seguir en otros casos que sean, por seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad y justicia. Para la valoración económica, siguiendo el mismo afán de objetivar esa tarea, acude para ello al Baremo de Tráfico en cuanto a las secuelas físicas y daños psicológicos; mientras que para valorar el daño moral por la privación del derecho a decidir se entiende que debe calcularse desde un parámetro objetivo y dado que lo que se valora es una pérdida de un derecho a optar o elegir y no un daño físico, se entiende pertinente aplicar la doctrina de la pérdida de oportunidad elaborada en el ámbito de la responsabilidad sanitaria que no tiene que ver con el tema de la pérdida de oportunidad de la doctrina francesa en las acciones de *wrongful birth*.

⁵⁰⁶ En este tipo de supuesto siempre se ha considerado al padre no legitimado para reclamar por sí mismo los daños derivados del nacimiento de su hijo aquejado de enfermedad congénita, con respecto a la infracción del derecho a la información de la paciente, al tener éste una naturaleza personalísima. Y ello *“porque la madre, como paciente, es la única titular del consentimiento informado, un derecho a la libertad personal, a decidir sobre sí mismo en lo referente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”* (STS 1ª 19 de Julio de 2007, Juan A. Xiol Ríos). Es irrelevante por tanto el estado civil de la madre, sin perjuicio de que el padre al igual que otros familiares pueda reclamar por los daños que a él se le irroguen.

⁵⁰⁷ Por entender que *“el Tribunal de instancia no ha tomado también en consideración la circunstancia de que la facultad de optar por la interrupción del embarazo constituye, en circunstancias normales, un derecho personal e intransferible de la madre, conforme resulta del art. 5 de la Ley Gral. de Sanidad, art. 417 bis CP, y 9 del RD 2409/86 y fundamento decimotercero de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de Abril de 1985, lo que se convierte en obstáculo para la reclamación formulada con carácter exclusivo por el padre con dicho fundamento, que es lo que ocurre en el supuesto considerado por el Tribunal de instancia, sin tener en cuenta, además, que no hay constancia alguna del consentimiento, expreso o tácito de la madre para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil fundado en la privación de ese derecho personal e intransferible que a ella le corresponde”*

La situación desventajosa que se presenta para el padre no deja de ser objeto de polémica, aduciéndose por un sector de la doctrina que está legitimado para el ejercicio de este tipo de acciones por los daños que le son extensibles de rebote o “*par ricochet*”, como víctima indirecta de la privación a la mujer de su facultad de abortar. Y ello, bajo el argumento de que, en situaciones familiares normales, el padre del niño participa activamente en el seguimiento del embarazo, de modo que se crea también en él una actitud de confianza en el médico que atiende a su mujer, confianza que se verá traicionada por la negligencia de aquel.⁵⁰⁸ No obstante, lo cierto es que en la práctica esa legitimación del padre (con respecto a la cual no existe litisconsorcio activo necesario), va siempre acompañada de la madre, al ser ambos quienes conjuntamente suelen plantear la reclamación, y no el padre en solitario -circunstancia que obligaría a replantearse la definición del daño que a él le afecta-.⁵⁰⁹

En lo que respecta a la reclamación de otros sujetos, como serían los hermanos o los abuelos, se plantea igual problema: si el daño es la privación del derecho a optar por el aborto, no cabría más que negar su legitimación, al carecer de intereses propios protegidos en relación con los supuestos de despenalización del aborto.⁵¹⁰ Sin perjuicio de lo cual, la Sala 1ª del TS en algún caso, como la STS de 18 de Mayo de 2006 reconoce indemnización a la hermana, en una demanda presentada conjuntamente con los padres, por el daño sufrido por el nacimiento de un hermano discapacitado. Este hecho no ha estado exento de críticas al entender que su daño de rebote no deriva del daño de la madre (como sí ocurre en el caso del padre), sino del niño, y si se viene rechazando la indemnización de ese daño directo (*wrongful life*), no cabe en consecuencia indemnizar aquél. Como en el caso del padre, el daño aducido habrá de ser, por tanto, distinto al relacionado con el aborto, fundamentándolo entonces en la falta de preparación psicológica, el sufrimiento por el familiar enfermo, etc.; con la diferencia de que tal daño habrá de ser acreditado al no gozar de la misma presunción que existe con respecto al progenitor.⁵¹¹

⁵⁰⁸ MARTIN CASALS, M. Y SOLE FELIU, J. (2002), Pág. 1118.

⁵⁰⁹ La SAP Girona de 6 de Mayo de 2013 entiende que ha de reconocerse legitimación al padre, pero no por los argumentos empleados en la sentencia de instancia, sino por el tipo de interrupción voluntaria del embarazo a la que podría haberse sometido la madre; pues de los tres preexistentes en esa época (terapéutico, criminal y eugenésico), los dos primeros plantean más duda, puesto que en estos casos está en peligro la integridad física de la gestante, pero no así el tercero, el eugenésico o embriopático, donde el impacto psicológico y la obligación de un cuidado más intenso del hijo, sin olvidar la inquietud, angustia y lógica preocupación por su futuro, pertenecen por igual a ambos progenitores. En tal supuesto, no hay duda de la existencia de un daño moral para el padre.

⁵¹⁰ MARTIN CASALS, M. Y SOLE FELIU, J. (2007). Pág. 535.

⁵¹¹ Como apunta ROMERO COLOMA el fundamento de estas reclamaciones no es el parentesco, sino la incidencia personal y patrimonial que la incapacidad o la enfermedad del niño tendrá en las personas que convivan con él. ROMERO COLOMA, A.M. (2010). Pág. 2569.

4.3.3.- Wrongful life: o la reclamación del hijo por haber nacido

Con base en los mismos supuestos de hecho que hemos visto para las “*Wrongful Birth*”, se refiere esta acción a los casos en los que es el propio hijo (normalmente a través de sus padres) quien reclama por los daños que, por su incapacidad, le supondrá en su vida el padecimiento de malformaciones, solicitando una indemnización por haber nacido en estas circunstancias; pero, no por sostener que la actuación del médico ocasionó las deficiencias, sino porque con ella se dio lugar al nacimiento. Se parte por tanto del presupuesto de que para el nacido, hubiera sido mejor no nacer, percibiéndose la vida como un daño.⁵¹²

En estas acciones no resulta fácil aplicar la técnica antes mencionada de la *Trennungslere* (de separación entre la vida y el daño), pues parece evidente que lo se reclama es la propia vida como daño.

En la práctica, lo cierto es que este tipo de daños no se reconocen como independientes del daño moral de los padres en nuestro Derecho. De manera, que tanto por la doctrina mayoritaria como por la jurisprudencia españolas son rechazadas las acciones de *wrongful life* entabladas por el hijo por el mismo hecho del nacimiento (es decir, por su propia vida)⁵¹³. Primero, porque la discapacidad y sus efectos sobre la vida del menor es un daño de origen genético (es decir, la enfermedad ni es evitable ni puede ser tratada), cuya única posible conexión con el servicio público sólo podría resultar, en su caso, de la falta de información durante el seguimiento médico de la gestación que hubiera podido limitar el derecho de los padres a decidir sobre su interrupción, si tal falta de información hubiera infringido la *Lex Artis*. Y en segundo lugar, porque si bien el art. 15 de la Constitución (que consagra como fundamental el derecho de todos a la vida), no impone la obligación de vivir; no parece que ampare la

⁵¹² Tienen su origen en EEUU, en las acciones de *disadvantaged* o *dissatisfied life* que por vida insatisfactoria son ejercitadas por los hijos contra sus padres, por nacer en circunstancias familiares o sociales desventajosas. Es conocido el caso *Zepeda vs. Zepeda* (1963) en el que un niño demanda a su progenitor por nacer fuera del matrimonio, al haber sido concebido con la promesa a la madre de contraer matrimonio, sin que nunca se celebrara. Ya en el ámbito sanitario, en 1967 en el caso *Gletman vs. Cosgrove*, referido a un niño que nace con malformaciones por rubeola padecida por la madre, que había sido erróneamente informada de que ello no dañaría al feto, se deniega la demanda, por argumentos de orden público, poniéndose de relieve la imposibilidad de identificar como daño algo tan preciado como la vida. Más tarde en 1975, en el caso *Jacobs vs. Theimer* si se reconoce una indemnización por el nacimiento del hijo con defectos congénitos derivados de la rubeola que contrajo la madre en el primer mes de embarazo sin que le fuera correctamente diagnosticado.

⁵¹³ Así lo recoge, entre otros, el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 205/2014, de 25 de Mayo de 2014. Como hemos visto la determinación del daño se hace depender de los valores de la sociedad en cada momento, lo que es aún más manifiesto al hablar del daño en las *wrongful life*, donde el factor ético y moral es ineludible. Todos los países de nuestro entorno, salvo Bélgica y Holanda, rechazan la indemnización al hijo por su propia vida.

posibilidad de exigir responsabilidades por el mero hecho de estar vivo, lo que podría abrir la puerta al absurdo de reclamar contra la propia madre. De esta forma, las sentencias en las que se resuelve la acción ejercida por los padres en nombre del nacido no han obtenido pronunciamiento sobre el particular (SSTS de 4 de Febrero de 1999 y 18 de Diciembre de 2003).⁵¹⁴

Por supuesto, estas acciones han de diferenciarse de aquellas que puede interponer con éxito el discapacitado (representado por sus padres o en su propio nombre una vez llegado a la mayoría de edad), cuando los daños fueran causados directamente por la negligencia médica (daños prenatales) y por lo tanto distintos del propio hecho de no haber evitado su nacimiento al no informar a la madre de las anomalías congénitas inevitables.

Desde su Sentencia de 5 de Junio de 1998, el TS entiende que no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo⁵¹⁵. Pero, además, tampoco cabe apreciar un nexo de causalidad entre el error de la prueba genética y las anomalías congénitas. ¿En qué se basaría entonces la reclamación del hijo o en su nombre? Única y exclusivamente en la pérdida de oportunidad de una opción que, por su propia naturaleza, no le correspondía a él ejercitar (por lo que sí supone un elemento aleatorio), y en la infracción de un deber (el de informar correctamente sobre las anomalías detectadas) del que por definición no es acreedor. Podría argumentarse, también, que el hijo por sí o legalmente representado por sus padres, reclama por el hecho de no haber podido ser abortado, para lo cual debería considerarse que, una vez descartada la posibilidad de que el daño sufrido por el hijo sea la privación del derecho a la autodeterminación, no cabría otra posibilidad que la de reclamarse a sí mismo, lo que evidentemente carece de todo sentido.

MACÍA MORILLO sostiene, sin embargo, que el obstáculo de calificar la vida como daño puede superarse, partiendo de que, aunque la vida es un bien supremo del Ordenamiento jurídico, no se trata de un bien absoluto, pues el propio Ordenamiento

⁵¹⁴ En este sentido, es aclaratoria de las delicadas connotaciones de esta acción la llamada Doctrina Perruche surgida en el Tribunal de Casación Francés (Sentencia de 17 de Noviembre de 2000), a raíz de la demanda de los padres, en nombre propio y en el de su hijo, por los perjuicios ocasionados por las deficiencias físicas y psíquicas sufridas al haber padecido la madre rubeola durante la gestación. Previamente, habían manifestado su voluntad de abortar si el feto estaba afectado por la infección, diagnosticándose erróneamente la ausencia de contagio. El Tribunal se pronuncia a favor de los demandantes, admitiendo la *wrongful life*, y dando paso con ello a todo tipo de cuestionamientos, protestas de colectivos médicos y de discapacitados, y presiones sociales que obligaron al Parlamento francés a regular las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*, rechazándose estas últimas para remitir la indemnización al sistema de Seguridad Social.

⁵¹⁵ En igual sentido, las SSTS (Sala 1ª) de 19 de Junio de 2007 y 23 de Noviembre de 2007.

admite excepciones (aborto, legítima defensa, ...); lo que permite que la vida pueda ser considerada daño, y por tanto defenderse la viabilidad de este tipo de acciones⁵¹⁶. No obstante, surge igual obstáculo al plantearse la relación de causalidad pues el supuesto daño de haber nacido, o de no haber sido abortado dependía de la madre, (en quien recaía la facultad de decidir), por lo que no resulta imputable a los Servicios Sanitarios (únicamente podría imputarse objetivamente a éstos no haber permitido que la madre abortase, lo que conduciría al “falso conflicto entre nacer con la anomalía y un inexistente derecho del *nasciturus* a no nacer”).⁵¹⁷

Anticipado el rechazo de esta acción por parte de la Sala 3ª del TS, pese a que no se ha planteado como tal supuesto alguno, antes estas situaciones resulta obligado buscar otras soluciones distintas a la responsabilidad de la Administración; es decir en el Estado Social, como ocurre en países como Francia. Esta solución, por otra parte, permite no distinguir entre los casos en que las madres han decidido continuar con el embarazo y aquellos en los que no se ha contado con tal opción.

No obstante, curiosamente, podemos observar que en alguna ocasión los Tribunales, implícitamente o por descuido, han reconocido tácitamente el *wrongful life*, al estimar indemnizaciones para el hijo dentro de la acción *wrongful birth*. Sin embargo, lo cierto es que no parece indemnizarse por el hecho lesivo de haber nacido o no haber podido ser abortado, sino por los gastos que en su vida le va a suponer el hecho de tener que vivir enfermo (realmente con ello se estima la petición de *wrongful birth*, si bien ampliando la condición de interesado al propio hijo, quizás para asegurar que sólo él sea el destinatario de la indemnización dirigida a sufragar sus cuidados).⁵¹⁸

4.4.-DAÑO MORAL POR IMPOSIBILIDAD DE TENER DESCENDENCIA

En este caso, para la determinación del daño, vuelve a cobrar protagonismo la legitimación para promover la reclamación, lo que va a estar condicionado por el hecho de que la causa esté relacionada con una lesión corporal o no. Estamos, por tanto, ante un daño que podría estar en las dos categorías de la clasificación que aquí presentamos (daño moral inherente a daño físico y daño moral autónomo), y a su vez, podría tratarse de un daño directo o indirecto según el caso.

⁵¹⁶ MACIA MORILLO, A. (2005). Pág. 302.

⁵¹⁷ MARTIN CASALS, M. Y SOLE FELIU, J. (2007). Pág. 542.

⁵¹⁸ Así, por ejemplo, la STSJM de 614/2013, de 29 de Julio de 2013.

Evidentemente, por lo que atañe a los daños físicos, de los que se deriva la consecuencia de impedir la procreación, la reclamación sólo puede ser interpuesta por la afectada por la concreta asistencia sanitaria cuestionada.⁵¹⁹ Pero, sin perjuicio de ello, también en la reclamación podrían aducirse los daños morales de la pareja y la frustración de su deseo de ser padres, respecto a lo cual sí estarían legitimados ambos para reclamar.⁵²⁰

Cuestión distinta es la que se plantea cuando la imposibilidad de tener descendencia no tiene su causa en la lesión física de uno de los miembros de la pareja, como ocurre en la STSJ Madrid 896/2013, de 17 de Diciembre de 2013. En este supuesto a la mujer se le implanta por FIV (Fecundación *In Vitro*) dos ovocitos. Indicada la realización de amniocentesis genética, se le extrae líquido de ambas bolsas, identificándose las muestras erróneamente, de manera que se equivoca uno con otro. Resultando uno de ellos (el femenino) con riesgo de cromosopatía, la mujer opta por el aborto selectivo del feto afecto, descubriéndose posteriormente que el afectado era el otro (masculino), por lo que nuevamente acudió a una segunda interrupción del embarazo. Reclaman los progenitores la pérdida económica por la viabilidad del embarazo engendrado mediante técnicas de FIV, reducción embrionaria del feto mujer que no estaba afectado de cromosopatía alguna y los daños morales que esta situación ha provocado y provoca en los progenitores, quienes se vieron imposibilitados de tener descendencia. El Tribunal entiende que el daño no es el fallecimiento de una hija sino de un feto (pues en una situación de embarazo cuyo resultado no es posible conocer a ciencia cierta si hubiera dado lugar o no al nacimiento, teniendo en cuenta que además de los riesgos propios del embarazo, en el presente caso, la mujer había sufrido con anterioridad dos abortos naturales). Tomando como referencia sentencias del TS sobre *wrongful birth*⁵²¹ en las que se cuantifica la indemnización en 80.000€ por la privación de la facultad de abortar; se fija en este caso la cantidad de 100.000€ por la pérdida del feto sano, la mitad de los gastos de la sanidad privada para la FIV y por el daño moral que todo ello causó a los padres.

⁵¹⁹ En este sentido la STSJ de 6 de Julio de 2009 señala que “*el cónyuge de la paciente...no puede instar para sí indemnización alguna por daños corporales sufridos por otra persona*”.

⁵²⁰ En este sentido también se manifiesta la precitada STSJ de 6 de Julio de 2009 (citada en la nota anterior) cuando indica que “*la legitimación activa del recurrente, ha de quedar reducida ésta a la solicitud de indemnización por daños morales, que debieran reducirse a la imposibilidad de tener más descendencia*”, recogiendo tal argumentación por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en Dictamen 649/11, de 2 de noviembre.

⁵²¹ Se citan las STSS 20 de Marzo de 2012 y 28 de Marzo de 2012.

En este supuesto, el daño moral se concreta fundamentalmente en la lesión del derecho de autodeterminación, al hacer imposible de ejecutar el deseo o la voluntad de procrear y tener descendencia, de manera que, de quedar acreditada la inexistencia de esa voluntad, el daño no resultaría antijurídico y por tanto no resultaría resarcible.⁵²²

Este daño puede aparecer igualmente de rebote, por lesiones físicas de uno de los miembros de la pareja, que determina la pérdida de la capacidad física de concebir, y por ende la frustración de tal posibilidad a ambos conjuntamente. Este es el caso por ejemplo de la STSJM 134/2015, de 19 de Febrero de 2015 (pérdida de oportunidad que tratamos en el siguiente capítulo).

4.5.- DAÑO MORAL POR EXTRAÍO, DETERIORO O PRIVACIÓN DEL USO DE MUESTRAS BIOLÓGICAS O MATERIAL GENÉTICO

Si bien todavía son escasas las sentencias pronunciadas en España en relación con las reclamaciones de los ciudadanos por el extravío o deterioro de muestras biológicas (biopsias de tejidos; muestras de heces, orina o sangre; tumores, quistes o pólipos extirpados...), o material genético (cordón umbilical, semen, óvulos, etc), los avances en este campo convierten éstos en supuestos con tendencia a ser más habituales. Se plantean en estos casos, no sólo aspectos de carácter bioético, sino también interesantes cuestionamientos jurídicos a la hora de determinar cuál es el daño concreto en cada caso y cómo ha de valorarse.

4.5.1.- La muestras biológicas

En el ámbito civil, encontramos un primer caso interesante en la SAP de Vizcaya, de 21 de julio del año 2000: los padres de un menor fallecido demandaron a los especialistas en Oncología Pediátrica y Anatomía Patológica del Hospital de Basurto, por entender negligente el diagnóstico y posterior tratamiento erróneo de sarcoma osteogénico de célula pequeña, cuando la enfermedad era un sarcoma de Ewing. Además, por ocultación de los bloques de parafina y falta de colaboración con la clínica privada a la que acudieron y que los solicitó para realizar un análisis. La

⁵²² Como ejemplo, la STSJ Murcia 189/2014, de 14 de Marzo de 2014 desestima la reclamación de una paciente que entre otros reclama la imposibilidad de tener más descendencia por error diagnóstico, porque se le hace una histerectomía, resultando que no tenía endometriosis sino Enfermedad Inflamatoria Pélvica y una masa anexial. Determinada la adecuación a *Lex Artis*, se pone de relieve que previamente constaba el deseo de la paciente de no tener más hijos, lo que fue tenido en cuenta por los Servicios Sanitarios en su actuación.

Audiencia reconoce el anormal funcionamiento del Servicio de Anatomía Patológica, que denegó, en un primer momento la entrega de la muestra de parafina de la biopsia del tumor cerebral extraída en una intervención quirúrgica y solicitada por los padres para efectuar nuevos estudios anatomopatológicos en otro centro, alegando que sólo le quedaban preparaciones únicas (finalmente, se comprobó la existencia de más bloques de parafina, siendo entregado uno a los padres). La demanda es estimada, por entender que ha existido una denegación del derecho de información por la obstrucción en la obtención de la muestra de parafina de la biopsia del tumor cerebral de su hijo a los interesados, por lo que se estima una indemnización de 3.000€ (500.000.- de las antiguas pesetas).

Aunque en esa primera sentencia el daño sobre la pérdida de la muestra se relaciona con el derecho de información; en otro caso, la STSJ de Cantabria, de 16 de Mayo de 2001, establece que el derecho de acceso a la historia clínica no fundamenta la solicitud de entrega de las preparaciones histológicas para las biopsias, puesto que son realidades completamente distintas. Considerándose por el Tribunal que lo que cabe vincular al derecho a la información es el informe anatomopatológico que recoge la conclusión diagnóstica del examen de los tejidos, pero no a la muestra.

Con respecto al extravío de material biológico obtenido con fines diagnósticos (que impide la realización del correspondiente análisis), es interesante la SAP Madrid, de 29 de Septiembre de 2004 (confirmatoria del fallo del juzgado de primera instancia), en el caso de una paciente que se somete a una intervención para la extirpación de un pólipo endometrial, sin que la muestra llegara nunca al laboratorio de patología debido a una negligencia o descuido de los empleados de la clínica encargados de su transporte hasta el laboratorio. Los magistrados consideran que el extravío de la muestra extirpada a la paciente le ha producido un importante trastorno de orden psicológico. Extraviada la muestra no se han podido hacer las pruebas necesarias a fin de determinar si lo extraído era de componente benigno o maligno, lo que directamente lleva a una situación de desazón manifestada por la posibilidad de padecer una peligrosa enfermedad sin saberlo. Pero es que, además, no habiéndose podido practicar las pruebas de anatomía patológica y sin poder establecerse un diagnóstico preciso, podría haberse dado la circunstancia (al final no producida) de que la demandante padeciera una enfermedad de carácter grave y durante un periodo de tiempo no se haya podido tratar de la misma. Por tal motivo se entiende que existen daños morales, evidenciados por ese sufrir psicológico del paciente que se produce *“aun cuando no se tenga una personalidad hipocondríaca”* Se limita por tanto la sentencia a reconocer el daño referido a la zozobra, impotencia y otros estados de

ánimo (del que hemos hablado anteriormente), estimando por tal concepto una indemnización de 12.000€, sin ocuparse, sin embargo, de una eventual responsabilidad por la pérdida del material biológico en sí misma, como bien material propiedad de la interesada (lo cual plantea un claro problema en cuanto a su valoración económica, que se ha preferido evitar).

4.5.2.- El Extravío de material genético:

Se trata de una materia especialmente delicada de alcance social muy sensible, por sus implicaciones bioéticas, que ha de ponerse en relación con la normativa especial que la regula⁵²³, que establece que el cuerpo humano y sus partes no pueden ser objeto de lucro, lo que hace imposible su conversión en dinero.⁵²⁴

El daño no es por tanto el valor económico de ese bien genético, sino que se traduce en las consecuencias que ello supone para el perjudicado. Esta es la solución dada por el Dictamen núm. 183/2015, del Consejo Consultivo de Madrid de 15 de Abril de 2015: los reclamantes solicitan indemnización por los daños y perjuicios derivados de la pérdida de cinco embriones viables crioconservados en un centro sanitario público, tras serle implantados a la mujer dos más y de los cuales nacieron mellizos. Los cinco embriones habían quedado a disposición de los progenitores para nuevos embarazos en un futuro, pero por un fallo en las máquinas de conservación se pierden los cinco, ofreciendo el hospital llevar un nuevo ciclo de estimulación ovárica como compensación, que rechazaron; informando además que el reclamante se había sometido a una vasectomía. En el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido de parte, los interesados aducen que ello les ha ocasionado daños emocionales, psicológicos y morales, valorando el daño moral en 20.000€ y el daño derivado de la pérdida de embriones en 20.000€ por cada embrión. Descartado por el Consejo el valor patrimonial de los embriones, se reconoce como único perjuicio resarcible el daño moral que supone que la frustración de la expectativa que tenían de intentar nuevos embarazos gracias a los pre embriones que estaban depositados en el hospital y de los cuales habían manifestado su voluntad tanto de donarlos a otras personas que los necesitasen como de, eventualmente utilizarlos en el futuro. Por tanto, una futura concepción exigiría un nuevo proceso de fertilización agravado por la

⁵²³ La Ley 14/2006 de 26 de Mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, así como al art. 21 del Convenio de Oviedo de 4 de Abril de 1997, ratificado por España el 20 de Octubre de 1999.

⁵²⁴ Incomerciabilidad que ha sido puesta de relieve por nuestro Tribunal Constitucional en STC 116/1999, de 17 de junio (con cita en la STC 212/1996, de 19 de Diciembre), al expresar que la donación de gametos o preembriones no implica en modo alguno su patrimonialización, sino justamente la exclusión de cualquier causa lucrativa o remunerada expresamente prohibida.

vasectomía a la que, voluntariamente y pese a los consejos médicos en contra se sometió el reclamante. En este caso, analizadas las premisas fácticas que concurren, el Consejo determinó que no se evidenciaba un deseo inmediato por parte de los reclamantes de tener más descendencia. por lo que consideran que el daño moral no ha consistido en una frustración de un deseo actual de tener más hijos sino, únicamente, en el natural disgusto y malestar ante la destrucción de unos embriones que les permitían el optar en un futuro por intentar lograr un nuevo embarazo (sin perjuicio de advertir que la gestación de embriones congelados tiene una posibilidad de éxito de un 15% como se señala en Dictamen 45/13, de 13 de Febrero de 2013), de manera que se entiende adecuada una indemnización de 4.000€.

Otro supuesto interesante es el del Dictamen 86/12, de 15 de Febrero de 2012 del mismo Consejo, en el cual se analiza si los reclamantes han sufrido un daño moral como consecuencia de la frustración de su deseo (al que la Administración había dado su consentimiento) de guardar el cordón umbilical para su posible uso autólogo si lo precisasen en un futuro. Se establece una indemnización por daño moral aminorada por las circunstancias teniendo en consideración *“que el cordón podía no ser susceptible de conservación por inidoneidad (circunstancia expresamente prevista en la cláusula 7.13 del contrato privado), el que los reclamantes pueden no necesitar nunca del trasplante autólogo o alogénico intrafamiliar o que, ante esa necesidad, pueden encontrar respuesta en un banco público o privado en territorio español. Esta circunstancia contribuye a aminorar el daño moral sufrido por los reclamantes ante la falta de conservación del cordón umbilical por los servicios del Hospital”*, reconociendo una indemnización de 3.000€.

5.- CONCLUSIONES

1. Al ser el daño moral un concepto abierto, no tasado ni legislado, son los tribunales a través de sus sentencias quienes van dotándolo de contenido, dando respuesta jurídica a los nuevos valores e intereses de la sociedad moderna. Aunque tal función innovadora no resulta fácil, es precisamente ese vacío lo que les permite un amplio margen a la hora de poder incluir en dicho concepto una gran variedad de perjuicios de forma extensiva, marcando así las tendencias de lo que en cada momento significa el daño moral.
2. No sólo son cada vez más laxas las exigencias para considerar los daños morales como jurídicamente relevantes, sino que además es creciente el número de condenas por este daño, especialmente, en el ámbito sanitario, por ser un

escenario propicio para ello, dada la incidencia moral, en mayor o menor medida, de toda actuación clínica para el paciente y sus familiares.

3. A través del estudio de los supuestos en los que aparece y es reconocido el daño moral, se observa una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que, en un principio, limitaban la consideración del daño moral a la concepción clásica del "*pretium doloris*" y los ataques a los derechos de la personalidad. De forma que va en aumento el abanico de supuestos que son considerados daño moral, dando cabida en él a sentimientos, sensaciones y emociones que antaño no tenían ninguna relevancia jurídica, como la inquietud, la incertidumbre, la zozobra, la sensación de sentirse desatendido, etc.
4. En la vertiente asistencial de la sanidad, proponemos clasificar los daños morales en dos grandes grupos: los derivados o inherentes a un daño corporal y los daños morales propios o autónomos. Una segunda clasificación sería la que distingue entre daños morales contra la integridad física y daños morales contra la autonomía de la voluntad.
5. Dada la dificultad de acreditar la efectividad y certeza del daño moral, son bastantes los casos en los que basándose en la presunción y el conocimiento de la naturaleza humana, se reconoce al perjudicado el derecho a ser resarcido por lesiones de índole anímicas o psíquicas ocasionadas a raíz de una actuación sanitaria, con independencia de que hayan existido daños físicos. Se trata en muchas ocasiones de indemnizaciones más bien simbólicas, que parecen encubrir realmente una sanción a los Servicios Sanitarios.
6. Si bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia española admiten por lo general las acciones de "*wrongful conception*" y "*wrongful birth*", habiéndose dictado ya un considerable número de sentencias (no siempre homogéneas, dados los problemas que se plantean sobre todo con la determinación del daño y la relación de causalidad), no ocurre así en las de "*wrongful life*", sobre las cuales, a pesar de haberse planteado en más de una ocasión, el Tribunal Supremo no ha dictado ninguna sentencia. No obstante, se observa como en alguna sentencia se han confundido ambas denominaciones, admitiéndose ésta última casi como un "descuido".
7. El sobredimensionamiento del daño moral parece encubrir la indemnización de daños de contenido patrimonial difícilmente calculables, socializando por la vía judicial el coste de la vida digna de los afectados que debiera asumir el Estado dentro de sus prestaciones sociales.

CAPITULO V.- EL BOOM DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: UN SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL POR DAÑO MORAL

1.- Orígenes y fundamento.

1.1.- Orígenes.

1.2.- Fundamento.

1º) En relación con el nexo de causalidad.

2º) En relación con la antijuricidad.

3º) En relación al daño: la pérdida de oportunidad como daño moral y como coeficiente reductor de la valoración.

2.- Presupuestos de aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad: ¿Cuál es la Pérdida de Oportunidad jurídicamente relevante y resarcible?

2.1.- ¿Cómo funciona la Pérdida de Oportunidad?

2.2.- Presupuestos de aplicación de la teoría.

2.2.- ¿Cuál es la pérdida de oportunidad resarcible?

3.- Casuística más relevante.

3.1.- Servicios de Urgencias

3.2.- Servicios de ambulancias y emergencias sanitarias

3.3.- Error o demora en el diagnóstico/tratamiento

3.4.- Deficiente prevención en materia de salud pública

3.5.- Falta de información

a) Sobre malformaciones congénitas (*wrongful birth*)

b) Sobre los riesgos o complicaciones asociadas a una intervención

3.6.- Privación de capacidad de probar y defender una hipótesis por no aportar la historia clínica la Administración

4.- ¿Cómo se indemniza la Pérdida de Oportunidad?

4.1.- ¿Qué concepto se indemniza?

4.2.- Formas de calcular la indemnización

a) El uso del baremo de tráfico.

b) La valoración a tanto alzado.

c) Los precedentes, o la remisión a casos similares.

4.3.- La indemnización de la probabilidad perdida y cierta: su cálculo en porcentajes y la discrecionalidad del juzgador.

4.4.- La indemnización de la pérdida de oportunidad como incertidumbre: el resarcimiento con cantidades fijas.

4.5.- La pérdida de oportunidad y el fallecimiento.

5.- Conclusiones.

1.-ORÍGENES Y FUNDAMENTO

1.1.- ORÍGENES

La doctrina sobre la Pérdida de Oportunidad (en ocasiones también denominada Teoría de la *Chance*) responde a una construcción jurisprudencial y doctrinal que carece de soporte normativo alguno⁵²⁵ y que tiene su origen entre los siglos XIX y XX, en el derecho francés (*perte d'une chance*), e inglés (*loss of a chance of recovery*), introduciéndose posteriormente en EEUU, Canadá e Italia.

Esta teoría entiende la pérdida de oportunidad como la frustración de esperanzas o expectativas que, siendo posibles, son privadas al perjudicado. Y surge, dentro de la responsabilidad civil, junto a la teoría del incremento del riesgo⁵²⁶ o la denominada “prueba por presunciones”⁵²⁷, como una técnica para evitar que la dificultad de probar la causalidad fáctica deje exento a quien pudo ocasionar un daño; coadyuvada por la consciencia de las limitaciones del conocimiento humano, que obliga a tener en cuenta no sólo certezas sino también probabilidades, a partir de elementos de juicio racionales.

En España, esta figura no se reconoce expresamente en el Ordenamiento; si bien, por influjo de otros sistemas jurídicos, se viene aplicando por los Tribunales desde los años 50 (con respecto a la responsabilidad civil de los abogados por pérdida de oportunidad procesal), y desde los años 80 en materia sanitaria⁵²⁸. De forma que constituye, hoy en día, una doctrina asentada que resulta tan útil como controvertida y muy recurrente tanto para los Tribunales, los Órganos Consultivos, y las Administraciones, como para las Aseguradoras de la Administración y los propios interesados, al facilitarse con ello la solución extrajudicial de las reclamaciones, especialmente en casos de error de diagnóstico o diagnóstico tardío, donde su uso llega a ser, incluso, claramente abusivo y pernicioso.⁵²⁹

⁵²⁵ No obstante, sí se encuentran referencias en el Derecho Europeo, en los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, y en algunas Directivas Comunitarias.

⁵²⁶ La idea de incremento del riesgo ha cobrado virtualidad en nuestro Sistema Jurídico en algunos casos de transfusiones, en los que se reclama el contagio de un virus (VHC o SIDA), rebajando el estándar de prueba normalmente considerado para tener por cierta la causa, hasta llegar a establecer el nexo causal del contagio con la transfusión por el hecho de suponer un factor de riesgo, deduciéndose la causalidad aunque sólo sea probable. Vid., entre otras, STSJ Galicia de 8 de Mayo de 1997.

⁵²⁷ En alusión a las presunciones reguladas en la LEC, se permite a través de ellas enlazar un hecho que se desconoce, con otros que sí son conocidos a través de reglas empíricas, mediante el conocimiento adquirido por la experiencia, solventando así situaciones en las que existe una dificultad probatoria que impide establecer la necesaria relación de causalidad.

⁵²⁸ Si bien, se ha llegado a apuntar que, realmente, se trata de una figura que, sin mencionarla por su nombre, ha venido siendo empleada desde años atrás en muchos asuntos, con desiguales resultados. MARTÍN MORENO, J.L. (2007). Pág. 108.

⁵²⁹ MEDINA ALCOZ pone de relieve la utilización instrumental de la doctrina para indemnizar por menos de lo que se debería “*en contra de lo que podría ser nuestra intuición judicial, con una doctrina que nos suena a que es la intervención de un daño nuevo, para que se repare algo más añadido a lo que venía reparándose ya antes*”. MEDINA ALCOZ, L. (2012). Pág. 98.

Según la Jurisprudencia del TS, la Pérdida de Oportunidad en el ámbito sanitario se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado, o mejorado, el deficiente estado de salud del paciente. Y ello con la consecuente entrada en juego, a la hora de valorar el daño así causado, de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son: el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste.⁵³⁰ Se trata, pues, de efectuar un cálculo de probabilidades⁵³¹ que sirve para poder determinar el daño y cuantificarlo, estableciendo una responsabilidad proporcional, y por tanto una indemnización inferior a la que correspondería a un daño completo.

Se recoge por primera vez en el orden civil, en la conocida STS de 11 de Octubre de 1998, sobre un caso en el que un trabajador de una fábrica sufre la amputación de una mano y la enfermera que le atiende coloca el miembro en un recipiente equivocado, lo que impide su reimplante a tiempo. El Tribunal le imputa a la enfermera una pérdida de expectativas, aunque sin realizar mención alguna a la probabilidad estadística de éxito de la intervención frustrada de reimplante, ni justificar el cálculo de la indemnización⁵³²; por lo que si bien se trata de una sentencia pionera, no ha sido de ninguna manera ensalzada.⁵³³ Luego se introduce en el contencioso-administrativo, a través de la SAN de 16 de Junio de 1999 sobre un diagnóstico prenatal, en la que aunque no se menciona su denominación como tal, sí se aplica esta figura, haciendo uso, además, de las estadísticas existentes al respecto.⁵³⁴ Esta tesis no encuentra, sin embargo, cabida en el orden penal, por cuanto la incertidumbre de que se hubiera podido evitar el daño en el caso de haber actuado de otra forma no es susceptible de generar

⁵³⁰ Así lo expresa, entre otras, la STS (Sala 3ª) de 14 de Octubre de 2014 (Rec. Casación para la Unificación de Doctrina 2499/2013), así como la STS de 3 de Julio de 2012 (Rec. Casación 6787/2010).

⁵³¹ No obstante, encontramos, sobre todo en casos de no detección de enfermedades congénitas durante el parto, alguna sentencia en la que el tribunal se plantea si el juez que conoce la demanda de responsabilidad patrimonial tiene o no que realizar una “operación intelectual consistente en determinar, con criterios de pura verosimilitud o probabilidad, cuál habría sido el desenlace del asunto” (STS de 29 de mayo de 2003, rec. 3082/97).

⁵³² La STS de 11 de Octubre de 1998 señala: “*existiendo conducta negligente desde el punto de vista profesional, lo que a ella no puede imputársele es la responsabilidad por el fracaso de reimplante, porque la prueba pericial ha demostrado que en condiciones normales no es seguro el éxito de la operación, dependiendo de multitud de factores. En suma, pues, a la demandada no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera, se le puede imputar la pérdida de una expectativa*”.

⁵³³ MEDINA ALCOZ tras reprochar la falta de toda explicación sobre “la vara de medir” que utiliza el Tribunal en dicha sentencia, realiza el ejercicio de valorar la indemnización de manera más fiel a la teoría de la *chance*, concretando el daño según el baremo de tráfico para luego calcular el valor de la ventaja frustrada y extraer así el cálculo monetario ajustado a la pérdida. MEDINA ALCOZ, L. (2007). Págs. 205 y 206.

⁵³⁴ Expresa la SAN de 16 de Junio de 1999 “*Un seguimiento más cercano de la paciente durante un lapso de tiempo indicado, incluso un diagnóstico correcto, no garantizaba la vida del feto, pero es evidente que hubiera situado al feto ante la posibilidad de nacer con vida, al menos en el porcentaje probable manejado por las estadísticas para este tipo de patologías (mortalidad 50%)*”.

responsabilidad penal, al serle inherente la exigencia de un mayor nivel de certeza para poder subsumir los hechos en la tipificación del ilícito penal.

En el ámbito contencioso-administrativo, y con respecto a los Servicios Sanitarios, los Tribunales vienen insistiendo en que el hecho de que la incertidumbre sea consustancial a la práctica de la medicina (lo que impide la existencia de un “derecho a la curación”) no justifica que se le prive al paciente de las expectativas que resultan posibles. Dicha “falta de servicio” constituiría un daño que el ciudadano no tiene obligación jurídica de soportar, teniendo en cuenta la obligación de los Poderes Públicos de garantizar la asistencia sanitaria, aplicando todos los medios de los que dispone la Administración (recordemos que la prestación sanitaria se trata de una obligación de medios)⁵³⁵.

Como más adelante analizaremos, esta pérdida de oportunidad en algunas ocasiones se califica como daño moral –supuesto que es el que aquí más nos interesa–; y, en otras, se emplea como criterio de aminoración de la valoración económica del daño corporal, motivando que haya sido considerada como “*mecanismo de contención y equilibrio*”, o como “*un instrumento para introducir racionalidad en un mundo desbocado de reclamaciones incesantes*”.⁵³⁶

En este punto, es importante distinguir entre la pérdida de oportunidad terapéutica y la pérdida de oportunidad desde el punto de vista jurídico, pues ni tienen igual significado ni siempre se presentan equivalentes. Así, por ejemplo, podría ocurrir que un helicóptero de los Servicios de Emergencia no pueda ser utilizado en un accidente, por estar prestando otro servicio; perdiendo una posibilidad única de actuación precoz (pérdida de oportunidad terapéutica para el herido) que, sin embargo, no es antijurídica desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial, al tener el perjudicado la obligación de soportar la limitación de los recursos públicos. Todo ello, sin perjuicio de su reprobabilidad social y política, por la escasez de medios para la prestación del servicio público (es decir, a pesar de haber una pérdida de oportunidad terapéutica, no habría pérdida de oportunidad en sentido jurídico, al faltar el necesario requisito de la antijuricidad del daño).

1.2.- FUNDAMENTO

⁵³⁵ Vid. STS de 20 de Noviembre de 2012, Rec. Casación 4598/2011.

⁵³⁶ MEDINA ALCOZ, L. (2012). Pág. 97.

La doctrina de la pérdida de oportunidad no constituye un principio general del Derecho, ni tan siquiera un principio general de la responsabilidad civil, considerándose más bien como un “*concepto-válvula*” que se incluye dentro de las “*cláusulas ortopédicas*” para situaciones de insuficiencia probatoria ante un hecho incierto.⁵³⁷ Así pues, como ocurre con la imputación objetiva, su uso debiera restringirse a determinados casos a delimitar según una serie de reglas que acoten su ámbito; labor que, por otra parte, vuelve a quedar en manos de la Jurisprudencia. Sin embargo, al igual que sucede con el daño moral en general, su aplicación no es nada restrictiva, sino todo lo contrario, pues en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria su uso es notoriamente creciente y desmesurado. De forma que, en la práctica, se presenta como una herramienta multifunción que igual se utiliza para paliar la incertidumbre casual (conectándose con la relación causal), que la incertidumbre en cuanto a la praxis (en relación a la antijuricidad), o incluso la incertidumbre sobre el daño ocasionado... Y así, de igual manera que el daño moral se ha definido como un concepto comodín-como decíamos en los primeros capítulos-, podríamos afirmar que la pérdida de oportunidad es hoy en día el “remedio comodín” para la estructuración de la responsabilidad patrimonial sanitaria⁵³⁸; implicaciones que examinaremos a continuación, y que nos sitúan ante un verdadero “boom” de la Pérdida de Oportunidad.

1º.- En relación con el nexo de causalidad

La doctrina de la pérdida de oportunidad nace como técnica para intentar solventar las dificultades de prueba del nexo causal en casos de incertidumbre, mediante el reparto del peso de esa falta de certeza entre la parte causante del daño y la perjudicada. De forma que, rebajándose los estándares ordinarios de prueba, la primera responde sólo en la medida en que ha intervenido en la causación del daño y en proporción a la incidencia de su actuación en el menoscabo, y la segunda es indemnizada de un daño –aunque de forma parcial– que, de otra forma, quedaría indemne. Ello se ha considerado como “*la solución menos mala*” en palabras de MEDINA ALCOZ⁵³⁹; pues de lo contrario, sin esta teoría, quedarían sin resarcir muchos daños efectivos, fomentando una sensación social generalizada de injusticia, y no se daría cumplimiento a la función reparadora de la responsabilidad civil.

⁵³⁷ XIOL RIOS, J.A. (2010). Págs. 20 y 21.

⁵³⁸ Ha llegado a ser calificado incluso como “*anomalía que la Ciencia normal del Derecho de daños no acierta a resolver*”, utilizándose para solucionar cualquier problema en la aplicación de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial. MEDINA ALCOZ, L. (2007). Pág. 399.

⁵³⁹ MEDINA ALCOZ, L. (2009). Pág. 31.

Por tanto, con la aplicación de este instrumento, ante un supuesto de incertidumbre causal sobre la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido otra la actuación de los Servicios Sanitarios dentro del ámbito de la causalidad material o física, se reconoce la posibilidad de hacer efectivo un régimen especial de imputación probabilística; estableciendo una conexión hipotética entre el comportamiento adecuado y la no producción del daño que conduce a una causalidad aleatoria⁵⁴⁰. Ello supone añadir una tercera opción frente al tradicional “todo o nada”⁵⁴¹.

Tal es la generalización, a nuestro juicio abusiva, en el uso de la “pérdida de oportunidad” que como acertadamente atisbaba PANTALEÓN, “*el futuro de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario está sobre todo en el tema de la pérdida de oportunidad*”⁵⁴². Ciertamente, esta teoría tiene plena cabida en materia sanitaria donde reina la incertidumbre, dada la imperfección del conocimiento y las limitaciones humanas frente a la enfermedad y la muerte⁵⁴³, que determina que si bien en muchos casos el daño es cierto, no puede atribuirse con absoluta certeza a un agente, obligando a hacer una valoración en términos de probabilidad. Siendo indiscutible su utilidad, la pérdida de oportunidad asistencial se vislumbra y se manifiesta ya como “el resultado indemnizable” de mayor prevalencia en supuestos de responsabilidad sanitaria.⁵⁴⁴

⁵⁴⁰ Como señala MEDINA ALCOZ, “*Se trata de un régimen especial de imputación probabilística que da entrada a la idea de una causalidad meramente posible y que permite la reparación parcial de un daño eventual sin negarle ficticiamente esta calidad*”. MEDINA ALCOZ, L. (2009). Pág. 50. Igual consideración se recoge en la STS (Sala 1ª) de 25 de Enero de 2012.

⁵⁴¹ Ante el problema de la falta de certeza en cuanto al nexo causal, son tres los criterios que han venido adoptando los Tribunales: 1.- Criterio de “todo o nada” (“*all or nothing approach*”): se basa en el binomio de la existencia o no de relación causal (derivándose sólo responsabilidad en el primer supuesto, y además por la totalidad de los perjuicios causados). 2.- Tª del Incremento del Riesgo: Se flexibiliza ese criterio del todo o nada, bastando con acreditar que la negligencia sanitaria incrementó el riesgo del paciente de sufrir el daño (lo que los tribunales norteamericanos denominan “*increased risk of harm*”) o que destruyó una posibilidad sustancial de alcanzar un resultado más beneficioso (“*sustancial possibility of achieving a more favorable outcome*”). En nuestro Ordenamiento, podemos ver este criterio en la postura adoptada por el Tribunal Supremo en algún supuesto (por ejemplo STS Sala 1ª de 27 de Mayo de 2003), al recurrir a la presunción judicial para afirmar que en ocasiones “*no es necesario que el nexo causal concorra con matemática exactitud*” para establecer la responsabilidad de la Administración. 3.- Doctrina de la Pérdida de Oportunidad, que nace dentro de la flexibilización hacia la que evoluciona la jurisprudencia al respecto del nexo causal, y según la cual, en los casos de incertidumbre causal resulta posible sostener que la actuación sanitaria, a la luz de la ciencia médica, privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia.

⁵⁴² MORENO ALEMAN, J. (2012). Pág. 42.

⁵⁴³ Y es que, es precisamente en responsabilidad médico-sanitaria donde muestra mayor dificultad la prueba del nexo causal, “*motivada por la multiplicidad de causas y causantes a que puede obedecer el daño sufrido por el paciente que, además, se acrecienta cuando nos hallamos ante lo que podemos denominar daños pasivos, esto es, aquellos daños que suceden no por la acción directa del facultativo (daños iatrogénicos) sino debido a errores de diagnóstico o a omisiones en el tratamiento que privan al paciente de los cuidados médicos adecuados*”. LUNA YERGA, A. (2005). Pág. 2.

⁵⁴⁴ Esta percepción recogida como futurible en las Conclusiones del “Foro Sanidad y Derecho” del Hospital U. La Paz, (sesión de 21 de marzo de 2013) es hoy ya una manifiesta realidad, habiéndose visto plenamente materializada la tendencia a entender la pérdida de oportunidad como daño moral en sí mismo.

Sin embargo, y aunque son muchos los que han encontrado en esta técnica la panacea que resuelve gran parte de los conflictos sobre responsabilidad que se plantean por dificultades de prueba; no son desdeñables las opiniones de sus detractores que aducen, principalmente, que, a través de ella, se indemnizan daños hipotéticos, inciertos o eventuales⁵⁴⁵ (claramente en contra de lo que dispone el art. 32 de la nueva Ley 40/2015, de 1 de Octubre⁵⁴⁶ sobre el requisito de efectividad de la lesión⁵⁴⁷). Se reprocha, además, que con esta doctrina se abre paso a la indemnización sistemática en la responsabilidad patrimonial médica donde, por definición, cualquier error o deficiencia implica una pérdida de oportunidad, salvo que pueda acreditarse por los Servicios Sanitarios que el daño responde a circunstancias ajenas a la asistencia (lo que parece encubrir una inversión velada de la carga de la prueba⁵⁴⁸).

A ello se añade la dificultad de defender una tesis que contradice un dogma tan arraigado como es la teoría de la causalidad, que condiciona la responsabilidad a la prueba patente del nexo causal⁵⁴⁹; pues se hace responsable, no al causante material del daño, sino a quien probablemente pudo haberlo sido⁵⁵⁰ (contrariando la teoría general del derecho de daños: arts. 1101 y 1902 del Código Civil). Esta problemática ha llevado a algunos autores a apuntar como solución un cambio normativo, entendiendo que la admisión de esta doctrina no es un problema de prueba causal solamente, sino de juicio normativo y no sólo interpretativo, por cuanto se cambia el criterio tradicional de la indivisibilidad de la causa.⁵⁵¹

En cualquier caso, lo cierto es que aunque pueda resultar eficaz para solucionar el problema de la relación causal, abre otro escollo difícil de solventar, cual es la determinación y valoración del daño a resarcir en estos casos; problemática que analizaremos más adelante.

2º.- En relación con la Antijuricidad

⁵⁴⁵ FONSECA FERRANDIS, F. (2015), pone de relieve su desacuerdo con esta figura, habida cuenta de que *“probar la incertidumbre es metafísicamente imposible”*.

⁵⁴⁶ Anteriormente regulado en el art. 139.2 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre.

⁵⁴⁷ GUERRERO ZAPLANA, J. (2003). Pág. 154.

⁵⁴⁸ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001). Pág. 245.

⁵⁴⁹ MEDINA ALCOZ, L. (2009). Pág. 117.

⁵⁵⁰ ASENSI PALLARES, E. y CID-LUNA CLARES, I. (2013). Pág. 233.

⁵⁵¹ SANCHEZ CARO, J. (2012). Pág. 125.

A mayores, la Pérdida de Oportunidad no sólo viene ligada a la causalidad y a la cuantificación del daño; sino que también se extrapola a la antijuricidad, poniéndola en relación con la *Lex Artis* desde distintas vertientes:

a) Conectada con la infracción de la *Lex Artis*. Si se entiende que la asistencia no fue del todo correcta privando al paciente de una posibilidad de diagnóstico o curación⁵⁵² (porque hubo una concreta prueba que, estando indicada, no se practicó; o un tratamiento claramente idóneo, que podría haber ralentizado la enfermedad o mejorado la calidad de vida), se estima la existencia de una pérdida de oportunidad que constituye un daño en sí mismo. Y ello, con independencia de cuál haya sido el grado de causalidad en la producción del resultado (es decir de la incidencia de la actuación sanitaria en el agravamiento o el avance incontrolado de la enfermedad), y de que pueda ser o no establecida tal repercusión (pues en determinadas situaciones es humanamente imposible)

Realmente, la Pérdida de Oportunidad es de fácil alegación, por cuanto, si nos detenemos a pensar sobre ello, todo acto humano podría variar en sus consecuencias dependiendo de cómo se obre. Actuar de un modo implica renunciar a otras posibilidades de acción; por lo que siempre se pierde una alternativa, una ocasión de haber podido cambiar el devenir de los acontecimientos (podríamos afirmar incluso que la vida es una continua pérdida de oportunidades)⁵⁵³. Lo que no parece razonable es que se aplique mecánicamente esta figura *a posteriori* cuando ya se conoce el desenlace de la enfermedad; pues, como pone de relieve SANCHEZ CARO⁵⁵⁴, “*no es lo mismo plantear la teoría de la pérdida de la oportunidad con elementos a priori, que son siempre indecisos en el campo de la medicina, que con elementos a posteriori que son siempre fáciles de determinar por la prueba pericial*”. A nuestro juicio, esta circunstancia convierte esta figura en un atajo impropio a la hora de plantear la acción de responsabilidad patrimonial, llegando a ser objeto de banalización; de manera que, como argumentamos a lo largo de este capítulo, su alegación es, en multitud de casos, técnicamente desacertada, perdiendo su verdadero papel.

⁵⁵² A modo de ejemplo, cabe citar la STS (Sala 3ª) de 27 de Septiembre de 2011, en cuanto a un supuesto de retraso diagnóstico que conlleva también la demora en su tratamiento.

⁵⁵³ Igual percepción se obtiene desde el punto de vista médico, tal y como expresa el Dr. González González “*la pérdida de oportunidad es un concepto o situación casi inevitable, pues en medicina todo se puede hacer mejor y antes, por lo que en algún momento, en algún eslabón del proceso asistencial de algún paciente puede haber una demora y por lo tanto pérdida de oportunidad*”. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A. (2006). Pág. 121

⁵⁵⁴ SANCHEZ CARO, J. (2012). Pág. 124.

b) Como una alternativa a la quiebra de la *Lex Artis*: Aunque la infracción de la *Lex Artis* ha sido entendida como presupuesto para que pueda surgir la pérdida de oportunidad⁵⁵⁵; lo cierto es que también se aplica cuando, sin mediar tal quebranto, existía otra opción posible de tratamiento que podría haber sido más beneficiosa, bien porque podía haber evitado el resultado lesivo, o bien porque hubiese mejorado la situación del paciente⁵⁵⁶. Esto permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico que es consecuencia del funcionamiento del servicio.⁵⁵⁷

Es el caso de la STSJ Galicia de 4 de Marzo de 2015 que entiende que existe pérdida de oportunidad de vida o de curación en aquellos casos en que la omisión de una ayuda diagnóstica, de un tratamiento diferente, de un adecuado diagnóstico, o de un medicamento más completo, ha privado al paciente de una posibilidad de curación.

O la STSJ Madrid 687/2015, de 23 de Octubre de 2015, en la que el Tribunal considera que, aunque no se aprecia infracción de la *Lex Artis* en el procedimiento quirúrgico aplicado por los facultativos del Servicio de Cirugía General, sí que se dio lugar con la actuación llevada a cabo a la pérdida de oportunidad de haber optado a la aplicación de un tratamiento menos radical para la eliminación o disminución de un tumor que, a la postre, por los resultados del examen anatomopatológico, aún gigante, era por el momento benigno. Todo ello, considerando que la pérdida de oportunidad sobre este otro tratamiento habría tenido una relevancia determinante sobre el tipo de vida (incapacitada para el trabajo, para muchos actos cotidianos, recibiendo alimentación parenteral doce horas al día, y a la espera de un posible trasplante de intestino), para lo que existía una alternativa más favorable al menos a corto plazo. Por todo lo cual, se indemniza a la paciente con 200.000€.⁵⁵⁸

⁵⁵⁵ ASUA GONZALEZ, C.I. (2014). Págs. 358-364.

⁵⁵⁶ En este sentido, la STS 26 de Septiembre de 2014, Rec. Casación 3637/2012.

⁵⁵⁷ Así lo argumenta el Tribunal Supremo (Sala 3ª) en STS de 3 de Diciembre de 2012 y anteriormente en la STS 24 de Noviembre de 2009: *“Configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación; en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente”*.

⁵⁵⁸ Del mismo tenor, el Dictamen 354/13, de 4 de Septiembre de 2013 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, referido al retraso diagnóstico de una fractura de hueso nasal, que concluye que no hay error de diagnóstico pero sí entiende que, de haber sido otra la actuación, se habría conseguido un resultado más beneficioso, con apoyo y cita en la STS de 21 de Octubre de 2008, que señala que la doctrina de la pérdida de oportunidad consiste en que no se haya *“dejado de practicar actuación médica*

Realmente, aunque es cierto que podría apreciarse que el paciente pierde una oportunidad cuando no se ha empleado una opción posiblemente beneficiosa para él, con esta fundamentación, se abre la puerta a la indemnización de casos en los que la actuación no ha sido incorrecta (no ha existido mala praxis), pero sí cabían otras alternativas. Y ello no deja de parecernos peligroso, si tenemos en cuenta que, ante un mismo caso, a veces son varias las opciones clínicas posibles para poder afrontarlo, siendo todas correctas *a priori*. Es decir, se compara *a posteriori* la conducta realizada con la que hubiera sido la más deseable, la ideal, de forma que, ante cualquier actuación, siempre quedaría abierto el interrogante: ¿Y si....? Con ello, se lleva la responsabilidad más allá de su objetivación, pues no se indemniza por funcionamiento anormal, sino por un funcionamiento normal comparado con un parámetro de idealidad que, además, se conoce una vez que ya ha acontecido o se sabe el resultado, yendo hacia atrás en la reconstrucción del proceso clínico (si se hubiera actuado de otra forma no se habrían producido determinadas secuelas o lesiones...), lo que supone enjuiciar los hechos infringiendo la prohibición de regreso tantas veces invocada por los Tribunales. Ello nos lleva a sostener la necesidad de aplicar mayor cautela y criterios más restrictivos a la hora de hacer uso de esta doctrina; máxime teniendo en cuenta que, aunque sea una cuestión de calidad asistencial a mejorar, el enjuiciamiento ha de situarse en el contexto de la realidad de la sanidad, con los medios que cuenta y las prácticas clínicas que son habituales.

Tal interpretación constituye, pues, una objetivación del daño, reconociendo su indemnizabilidad no sólo independientemente de la relación causal con la actuación sanitaria, sino de que haya existido anormalidad en el servicio. Condenar por simple presunción de que debió de darse una anomalía en el funcionamiento es peligroso para la seguridad jurídica y convierte a la Administración Sanitaria en una aseguradora de todo riesgo, desnaturalizando su auténtico papel que es el de garante de la salud, en dispensación de los cuidados posibles a los usuarios del sistema.⁵⁵⁹ No obstante, aún parece más grave que se condene cuando el propio Tribunal no aprecia actuación negligente alguna por parte del personal sanitario o anormalidad en el Servicio; en contra de los criterios rectores de la responsabilidad patrimonial sanitaria que repasamos en el capítulo I, y al margen de la línea jurisprudencial recogida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que acoge la doctrina sólo cuando haya elementos relevantes de negligencia o anormalidad en el funcionamiento del Servicio Público.

alguna ni se haya omitido tampoco ningún tratamiento posible". En el mismo sentido, también la STSJ Galicia de 3 de Junio de 2015.

⁵⁵⁹ SISO, JUAN (2000). Pág. 11.

Así lo dejó dicho el TS (Sala 3ª) en STS. 13 de Julio de 2005, relativa al error diagnóstico de un teratoma de ovario que se diagnostica en un primer momento como estreñimiento. El Tribunal no aprecia error de diagnóstico al haberse realizado conforme a los conocimientos médicos existentes en relación con la patología, y concluye: *“Para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada, consideramos que de lo actuado debe deducirse ello de una situación relevante, bien de la actuación médica que evidencia mala praxis o actuación contra protocolo, bien de otros elementos como puede ser una sintomatología evidente indicativa de que se actuó mal, incorrectamente o con omisión de medios, lo que no ocurre en el caso enjuiciado”*.

Sin embargo, contrariamente, encontramos varios casos en los que se indemniza aplicando la pérdida de oportunidad, pese a no apreciar el Tribunal mala praxis. Como así ocurre con la STSJ Madrid núm. 205/2015, de 13 de Marzo de 2015, sobre un caso en el que a causa de la anestesia en una intervención, se le produce a la paciente una perforación esofágica. De la valoración de los informes, el Tribunal concluye que, ante la sospecha diagnóstica de dicha perforación, con los antecedentes de cirugía previa y la imposibilidad de intubación, se debió confirmar su diagnóstico antes, para ver su alcance y valorar su operatividad. Calificado el retraso como una pérdida de oportunidad, y aunque *“no puede ser considerado como una mala praxis”* (en palabras del propio Tribunal), se estima indemnizable al desconocerse si una actuación con mayor premura habría obtenido una más rápida recuperación, indemnizándose como daño moral en 28.000€. Esta Sentencia es reproducción de los argumentos y fundamentación de la anterior STSJ Madrid núm. 153/2015, de 27 de Febrero de 2015, con respecto a una torsión testicular, que imponía la misma indemnización de 28.000€, y de la STSJ Madrid núm. 181/2015, de 10 de Marzo de 2015, sobre la pérdida de un testículo tras una vasectomía, donde la indemnización es de 25.000€⁵⁶⁰

En nuestra opinión, esta interpretación abre un escollo en la aplicación de la teoría de la Pérdida de Oportunidad, pues supone la indemnización de toda actuación que sin estar mal realizada es mejorable; lo que implica medir la labor médica con un rasero que a veces es irreal, al no ponerse en relación con la práctica clínica diaria de los hospitales y centros sanitarios públicos. Y ello, sin duda, va en perjuicio del Sistema Público, pues si se extralimita el instituto indemnizatorio de esta forma, menor será la inversión que pueda realizarse en recursos asistenciales para la mejora del Servicio

⁵⁶⁰ Las tres sentencias son de la misma Sección 10ª del TSJ de Madrid.

Público, dando lugar a su vez a un mayor número de reclamaciones, lo que no nos parece una solución beneficiosa para nadie.

3º.- En relación al daño: la pérdida de oportunidad como daño moral, y como coeficiente reductor en la valoración.

Además de utilizarse como instrumento modulador de la relación de causalidad y de la antijuricidad del daño, la pérdida de oportunidad se traduce también por nuestros Tribunales, en muchos casos, en un daño en sí mismo. Este daño se cristaliza en la frustración de una expectativa, de una posibilidad que nunca podrá recuperarse para el paciente, y que es un bien propiamente dicho, distinto del bien salud; siendo su pérdida un perjuicio inmaterial diferente al menoscabo de la integridad física o del perjuicio moral derivado de la muerte de un allegado.⁵⁶¹ Se considera, así, un daño cierto⁵⁶², del que no se cuestiona su realidad por ser patente que se han perdido posibilidades serias de beneficio.⁵⁶³ Sin embargo, esta calificación más bien parece obedecer a una ficción para lograr encajar un daño que no deja de ser hipotético en un daño cierto, y por tanto acomodarlo a las exigencias del art. 32.2 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre para que pueda ser resarcido. Pero, nos preguntamos entonces ¿Cuál es el daño resultante de la pérdida de oportunidad: la privación en sí de la actuación diagnóstica/terapéutica omitida, la disminución de las expectativas de curación o supervivencia, o el menoscabo moral que sufre el paciente o sus familiares al saber que por una omisión no contará con una posibilidad que podría haberle dado mayor tiempo de vida o mejorar su calidad? Sobre estas cuestiones, reflexionaremos más adelante para buscar respuestas.

Con esta forma de aplicar la Pérdida de Oportunidad, con la intención de salvar la concepción tradicional de la relación de causalidad, en determinados casos, se hace recaer la incertidumbre no sobre tal elemento, sino sobre el daño directamente, de tal manera que se considera producido éste incluso antes de su materialización, fijándolo en el momento en que se ha perdido la oportunidad de evitar que aquel suceda.⁵⁶⁴ Por ejemplo, en el caso de un retraso en el diagnóstico de un cáncer por no realizar las pruebas idóneas, se determina el daño en el momento en que se sabe que tal omisión

⁵⁶¹ Como expresa la STSJ Aragón de 13 de Febrero de 2015, con referencia a la Jurisprudencia del TS: la llamada doctrina de la pérdida de oportunidad señala que la pérdida de expectativas genera por sí sola un daño antijurídico. Criterio que nos parece no debería aplicarse de modo absoluto, requiriendo ser matizado o condicionado a ciertos presupuestos en relación al instituto de la responsabilidad patrimonial.

⁵⁶² Vid. STS 3 de Noviembre de 2012 con cita de la de 27 de Septiembre de 2011.

⁵⁶³ Así lo reconoce la mayor parte de la doctrina, entre otros autores, VICENTE DOMINGO, E. (1994). Pág. 332.

⁵⁶⁴ XIOL RIOS, J.A. (2010). Pág. 23.

ocurrió (privando al paciente de la oportunidad de haber sido diagnosticado antes), incluso antes de conocer la consecuencia final. En estos supuestos, la pérdida de oportunidad pasa a ser, por tanto, un daño autónomo que, por ser extra patrimonial, se califica como moral.

Y es que, siendo varias las desviaciones que se producen en la aplicación de la pérdida de oportunidad, ha de señalarse como una de ellas precisamente este hecho de que se traduzca habitualmente en la apreciación de un daño moral, bajo la consideración de que el perjuicio *“no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera; en la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable”*⁵⁶⁵. De forma que predomina la idea del daño moral constituido por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual ante una falta de atención o servicio.⁵⁶⁶

Sin embargo, *“este maridaje entre daño moral y pérdida de oportunidad resulta forzado en ocasiones, cuando lo que se alega no es la consideración de un daño autónomo, por así llamarlo, sino las consecuencias dañosas de la frustración definitiva de una probabilidad de éxito muy elevada”*⁵⁶⁷, que hubiera reportado otro tipo de ventajas no morales. De manera que, ante la pérdida de expectativas, es otro el esquema y tratamiento a seguir, resultando esencial analizar la reclamación desde la valoración técnica de esas probabilidades frustradas, para apreciar su trascendencia en relación a los parámetros de conducta que cabía esperar y su incidencia en la patología sufrida. Así, en una demora en el diagnóstico de una enfermedad, habría de analizarse qué repercusión tuvo el retraso (observando el paso de un estadio a otro) y qué posibilidad real había de evitar ese avance de la enfermedad de haber sido otra la actuación médica. No podemos perder de vista que nos hallamos ante un perjudicado que previamente está enfermo o aquejado de una patología, y que por tanto tiene ya un daño previo, resultando complicado determinar si el desenlace se hubiera dado igual de no frustrarse la oportunidad.

⁵⁶⁵ En este sentido, las SSTSJ Comunidad Valenciana 1 de Marzo de 2010 y 12 de Marzo de 2010; y STSJ Castilla y León de 14 de Junio de 2013.

⁵⁶⁶ VICENTE DOMINGO, E. (1994). Pág. 350.

⁵⁶⁷ MARTÍN MORENO, J.L. (2007). Pág. 109. Con gran expresividad y en tono crítico el autor pone de relieve *“los desposorios de conveniencia entre la pérdida de oportunidad y el daño moral”*.

Fuente de diversas críticas, la equivalencia entre pérdida de oportunidad y daño moral se presenta, a pesar de ello, como la solución más fácil, que no sólo permite aprovechar las dispensaciones de prueba de las que goza el daño moral, sino también la reducción de indemnizaciones que son fijadas al arbitrio del juzgador. En ello los Tribunales parecen haber encontrado una cómoda solución, ante la dificultad de objetivar la pérdida de oportunidad en muchos supuestos en los que no puede determinarse la repercusión en la enfermedad del paciente, eludiendo con ello la difícil tarea de valorar y justificar técnicamente su indemnización.

Realmente, no se critica tanto la relación entre daño moral y pérdida de oportunidad, sino el hecho de considerar que la pérdida de oportunidad pueda constituir un daño moral. Y es que, de acuerdo con autores como XIOL⁵⁶⁸, la pérdida de oportunidad no debería igualarse a un daño moral, ni tampoco a uno patrimonial, sino que su fin debería quedar ceñido a la introducción de valoraciones jurídicas para facilitar que la incertidumbre impida establecer el nexo de causalidad. Sin embargo, parece ser que la ambigüedad implícita al daño moral ha servido de “caldo de cultivo”, para que pueda utilizarse como justificación de los usos espurios que se dan a esta teoría, siendo cada vez más habitual esta equiparación.

Identificándose con el daño moral, la pérdida de oportunidad se traduce no sólo en la incertidumbre, sino también en la “zozobra” de la que hablábamos en el anterior capítulo⁵⁶⁹. Es más, incluso, en algunos casos, no se llega a identificar con el daño moral, sino con un “daño semejante al moral”.⁵⁷⁰ Entonces, ¿es o no moral?

La pérdida de oportunidad puede dar lugar por tanto a varios daños, según las interpretaciones de los Tribunales: por un lado, la oportunidad frustrada, en términos de expectativas perdidas en la concreta enfermedad (que se configura como un elemento reductor de la indemnización que correspondería por el daño corporal en aplicación del baremo); y, por otro lado, como daño moral (por las sensaciones

⁵⁶⁸ XIOL RIOS, J.A. (2010). Pág. 33.

⁵⁶⁹ A modo de ejemplo, podemos traer a colación la STSJ Asturias, núm. 178/2014 de 10 de Marzo de 2014, en un caso sobre el diagnóstico erróneo realizado por la doctora de guardia (dolor muscular) sin percatarse de la grave dolencia coronaria que refería el paciente, lo que supone un retraso en el correcto tratamiento (angioplastia) que agravó la lesión cardíaca resultante; además de denunciarse el extravío del electrocardiograma practicado en la referida primera asistencia en el Centro de Salud así como la inexistencia de personal de servicio en éste hasta las 16.00 horas. Entendido por el Tribunal que ello constituye una pérdida de oportunidad, se reconoce una indemnización de 12.000€ en la que se incluye “la indudable zozobra que hubo de padecer el recurrente entre la hora que se le dio de alta en el Centro de Salud y la de su efectivo ingreso en Urgencias”.

⁵⁷⁰ Así lo considera la STSJ Madrid núm. 405/2013, de 14 de Mayo de 2013.

ánimicas que ocasiona saber que se perdió esa oportunidad posiblemente beneficiosa). Pero, ¿qué determina que se encuadre en una u otra categoría? Quizás la respuesta haya de venir de la mano del sentido práctico, concretando el daño en el valor de la expectativa cuando pericialmente puede ofrecerse el cálculo del menoscabo en la salud en términos de porcentaje, y en daño moral cuando sea imposible tal determinación y por tanto sólo exista certeza de la incertidumbre padecida por el perjudicado. Si bien, en ambos casos, a nuestro juicio, quedaría sin resarcir el otro, pues ambas partidas no son excluyentes; ya que, una cosa es el empeoramiento o progresión de la enfermedad por la ventaja frustrada (es decir, la repercusión física) y otra distinta la incertidumbre o la sensación anímica que produce saber que el proceso podía haber sido mejor (la repercusión moral).

En este punto, ha de tenerse en consideración que el daño moral derivado de la angustia ante una negligencia sanitaria constituye una partida indemnizatoria que puede tomarse en cuenta, *“pero no para camuflar a su través una compensación parcial de los perjuicios asociados a la patología. La cantidad establecida por tal concepto debería sumarse a la fijada en concepto de pérdida de oportunidad para reparar el daño final en proporción a la probabilidad de que una actuación médica atenta hubiera podido evitarlos”*.⁵⁷¹

2.- PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: ¿CUAL ES LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD JURÍDICAMENTE RELEVANTE PARA SER RESARCIDA?.

2.1.- ¿CÓMO FUNCIONA LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD?

Tal y como enunciábamos, los Tribunales vienen reiterando que la pérdida de oportunidad exige tomar en consideración dos elementos: el grado de probabilidad de que la actuación médica omitida hubiera podido producir un resultado beneficioso y el alcance o entidad del mismo en relación al caso.⁵⁷² La concreción de estos elementos

⁵⁷¹ Esta es la solución que apunta MEDINA ALCOZ, para los casos de omisión de consentimiento informado y negligencias sanitarias. La falta de información genera un daño moral constituido por la lesión de su derecho de autodeterminación, y si además resulta que el paciente posiblemente hubiera rechazado el tratamiento en que los riesgos se materializaron, procedería reparar además, aunque sólo parcialmente las lesiones físicas. MEDINA ALCOZ, L. (2009). Pág. 119. Sin embargo, como veremos, la incidencia del baremo de tráfico a la hora de indemnizar los daños sanitarios ha determinado que, frecuentemente, se resarzan las secuelas, teniendo en consideración que en dicho baremo las indemnizaciones por daño corporal incluyen el valor del daño moral.

⁵⁷² Entre otras, cabe citar la STS 19 de Octubre de 2011 (Sala 3ª) y STS 22 de Mayo de 2012 (Sala 3ª), así como la STSJ Madrid núm. 205/2015, de 13 de Marzo de 2015, y el Dictamen núm. 191/2013, de 14 de mayo del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

resulta difícil en multitud de ocasiones, al exigir para su valoración situarse dentro del terreno de las conjeturas, reconstruyendo el proceso clínico desde la suposición más lógica posible hasta llegar a un convencimiento razonable. En el ámbito sanitario, la tecnicidad de los actos exige que la valoración de tales sumandos sea efectuada por peritos médicos, que son los que van a poder concluir si, efectivamente, se ha producido una pérdida de oportunidad que haya repercutido en el proceso médico del paciente en cuestión. El perito deberá explicar qué tipo de acción podría haberse llevado a cabo, si habría sido lógica, adecuada y esperable a la luz del estado de la ciencia en el momento de los hechos⁵⁷³, si hubiera sido acorde con los medios disponibles, cómo podría haber influido en la evolución del proceso, y finalmente medir cuantificando en términos de probabilidad (en porcentaje), su repercusión en el daño final.⁵⁷⁴ Se trata, pues, de un juicio de probabilidades que arroja un cálculo también probabilístico que, de resultar “relevante”, conlleva una responsabilidad que se mide proporcionalmente y que es, por tanto, parcial. Y si bien, como hemos referido, los detractores de esta doctrina aducen que ello atenta contra la teoría general de la responsabilidad civil, lo cierto es que no es tan diferente a otros supuestos en los que nuestro sistema acoge también esa responsabilidad fraccionada, como es el caso de la concurrencia de culpas.

2.2.- PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA

En cuanto a los presupuestos para el uso de esta doctrina, a falta de regulación normativa, son una vez más la jurisprudencia y las aportaciones doctrinales las que, también aquí, perfilan su ámbito de aplicación así como sus límites; pudiéndose deducir de ambas que es una teoría que entra en juego no ante una incertidumbre cualquiera, sino estricta, irreversible e intrínseca de la relación causal:

- Estricta, porque ha de ser una incertidumbre seria la que lleve a una probabilidad fundada que, si bien no llega a la plena certeza, sí supera un umbral de certidumbre que la convierte en una posibilidad real.

⁵⁷³ Es importante valorar la praxis en el momento de los hechos y no en el de su enjuiciamiento, en función de las prácticas médicas vigentes entonces, máxime considerando los avances de la Ciencia y teniendo en consideración que lo que no es conocido por ésta en ese momento, eximiría de responsabilidad a la Administración de conformidad con el art. 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre (antes art. 141 de la Ley 30/1991, de 26 de Noviembre).

⁵⁷⁴ No existe unanimidad acerca de si el juzgador debe o no realizar ese cálculo de posibilidades de éxito, y en función de ello fijar la indemnización, planteándose el propio TS tal interrogante en la STS 20 de Mayo de 2003, en la que se cuestiona si ha de realizar una “operación intelectual consistente en determinar, con criterios de pura verosimilitud o probabilidad, cuál habría sido el desenlace del asunto”.

- Irreversible, porque los hechos no permitan “una vuelta atrás”. Es decir, que la *chance* se haya perdido irremediablemente, y que por ello se haya privado de una oportunidad irrepetible e irrecuperable, que el perjudicado tenía inicialmente (y que por tanto estaba en su esfera jurídica).
- E intrínseca, por cuanto la incertidumbre viene dada por la propia naturaleza de los hechos, que imposibilita materialmente conocer cuáles podrían haber sido las consecuencias de un acontecimiento ya ocurrido. De forma que trata de un supuesto de imposibilidad de prueba, pero no procesal, sino material al ser humanamente indemostrable por la propia naturaleza de los hechos; lo que condiciona que la relación causal no pueda establecerse con certeza. Ello conlleva que no sea aplicable esta técnica cuando el perjudicado no haya agotado todos los recursos probatorios que estaban a su alcance.

Ahondando más en las circunstancias en las que resulta aplicable esta teoría, de las sucesivas interpretaciones que viene realizando el Tribunal Supremo al enjuiciar los casos concretos, podemos extractar las siguientes limitaciones en cuanto a su uso:

1º) Han de acreditarse qué oportunidades se han perdido, siendo inaplicable si se constata que el perjuicio reclamado no trae causa del funcionamiento del servicio público, sino de la propia evolución de la enfermedad y naturaleza del paciente.⁵⁷⁵

2º) No existe Pérdida de Oportunidad cuando no es posible acreditar que la actuación médica pudiera evitar el daño⁵⁷⁶. Es decir, ha de tratarse de una frustración de posibilidades ciertas, no generando responsabilidad alguna si la actuación sanitaria no ha incidido en las posibilidades de curación⁵⁷⁷; de manera que, siguiendo una consolidada doctrina del Tribunal Supremo, no resultan indemnizables las meras expectativas, sobre las que no se ha alcanzado certeza alguna.⁵⁷⁸

3º) Para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada, debe deducirse de ello una situación relevante, bien derivada de la actuación médica que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo, o bien de otros extremos como pueda ser una

⁵⁷⁵ A este respecto, cabe citar la STS 27 de Noviembre de 2012, (R.Ca. 5938/2011).

⁵⁷⁶ Así lo expresan, entre otras, la STS 23 de Enero de 2012 (R.Ca. 43/2010) y STS 16 de Febrero de 2011 (R. Ca. 3474/2009).

⁵⁷⁷ En este sentido, cabe citar la STSJ Madrid 53/2009, de 29 de enero de 2009, que señala que si bien existe un retraso en la realización de una prueba diagnóstica, concluye que no ha tenido influencia en el diagnóstico, pronóstico y tratamiento de la enfermedad.

⁵⁷⁸ Entre otras, las SSTS de 20 de Febrero de 1999, 29 de Marzo de 1999 y 18 de marzo de 2000.

simple sintomatología evidente que pasó inadvertida, indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios.⁵⁷⁹

En la práctica, son muchas “las pegas” o dificultades que surgen en relación a esta figura, principalmente porque nos encontramos ante una “causalidad probabilística o estadística”. Pues, si bien esta teoría nació para ser aplicada en casos en los que a pesar de la incertidumbre hay una probabilidad causal seria; lo cierto es que al no existir una determinación de los límites de la certidumbre exigible, parece ser empleada indebidamente en supuestos en los que se da una probabilidad insignificante o escasa, lo que entendemos no sería jurídicamente relevante, al suponer la inexistencia del nexo causal por quedar diluido ante la falta de una mínima certeza⁵⁸⁰. Surge así la cuestión de la que nos ocupamos a continuación.

2.3.- ¿CUÁL ES LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD RESARCIBLE?

Como podemos observar, no toda pérdida de oportunidad es relevante jurídicamente. Y así, para que la doctrina de la pérdida de la oportunidad surta efectos jurídicos es necesaria la existencia de un nivel mínimo de certeza de que se han frustrado o privado posibilidades, y un nivel máximo en cuanto a la realidad del hecho lesivo. Ello va a exigir una labor previa del juzgador de valoración de tales elementos, y otra posterior de motivación de su decisión, máxime ante una figura cuya aplicación queda por completo al arbitrio de quien resuelve la acción indemnizatoria. Sin embargo, no es lo que se observa en la totalidad de las sentencias, dictámenes o resoluciones que se dictan al respecto, al aplicarse en muchas sin realizar tales razonamientos, hasta el punto de que se llega a considerar resarcible incluso, en algún caso, la pérdida de oportunidad “mínima”.⁵⁸¹

⁵⁷⁹ STS 13 de Julio de 2005 y STS 12 de Julio de 2007. Sin perjuicio de que, como hemos visto, hay supuestos en los que se aplica sin mediar mala praxis, bastando la existencia de una alternativa posiblemente más beneficiosa.

⁵⁸⁰ En este sentido, tal y como advierte GUERRERO ZAPLANA: “es necesario que este criterio de indemnización de la pérdida de oportunidad se utilice con especial prudencia pues, de no hacerlo así, se podría producir la indemnización de supuestos absolutamente improcedentes”. GUERRERO ZAPLANA, J.L. (2003). Pág. 154.

⁵⁸¹ Es el caso, por ejemplo, de la STSJ Castilla-León 2099/2013, de 2 de Diciembre de 2013, relativo a un caso en que se reclama por un fallecimiento que se achaca a la tardanza de los Servicios de Urgencia en domicilio. El Tribunal entiende reconocido que hubo un retraso asistencial como consecuencia de una inadecuada gestión de los servicios asistenciales en ese momento disponibles, con la consiguiente pérdida de oportunidad en cuanto a la mejora de pronóstico del paciente. Considerando que el daño a indemnizar no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos, de haberse seguido otros parámetros de actuación; se concluye que se trata de una “pérdida de oportunidad mínima”, teniendo en cuenta los graves antecedentes del paciente y que en el mejor de los casos es difícil que desde la primera llamada se hubieran podido presentar los servicios de urgencia de atención primaria en ese momento disponibles -o incluso la UME de haber estado disponible- en un tiempo total inferior a 10 minutos (sin contar los minutos que necesariamente tuvieron que transcurrir desde que el paciente comenzó con los síntomas y se

Lo cierto es que tampoco en este aspecto existe en la doctrina una respuesta unificada, entendiendo una parte que esta figura ha de aplicarse de forma general y otra que ha de quedar limitada a los casos que superen el umbral de certeza, por existir “certidumbre manifiesta”⁵⁸², surgiendo por tanto un nuevo interrogante ¿cuál es ese umbral mínimo de certeza exigible?

Pues bien, esta cuestión sí parece haber sido resuelta de alguna forma en otros países, en los que sí se han determinado ciertos grados de probabilidad para que la pérdida de oportunidad sea generadora de responsabilidad patrimonial (50% en derecho angloamericano, 80% en Inglaterra -donde se acude a la probabilidad estadística-...); pero lo cierto es que en España no se ha fijado por la jurisprudencia un nivel mínimo de verosimilitud o certeza que haga de la probabilidad un elemento suficiente para constituir nexo causal. Y si bien se ha señalado que un porcentaje bajo de pérdida de oportunidad (inferior al 30% o 40%) no permite afirmar que exista relación causal suficiente y en consecuencia responsabilidad sanitaria⁵⁸³, nos encontramos con supuestos en que a pesar de que la posibilidad se presenta como improbable o inexistente, dan lugar a una responsabilidad parcial o proporcional, materializándose en una reducción de la indemnización, lo que supone realmente una anomalía frente a la teoría general de la causa⁵⁸⁴.

De este modo, se han llegado a indemnizar incluso pérdidas de oportunidad de un 10%, como es el caso de la STSJ Castilla y León 821/2015, de 11 de Mayo de 2015, donde se reclama el fallecimiento de un paciente que ingresa muy grave, y tras detectarle un hematoma cerebral e hidrocefalia, se le pone un drenaje urgente, que se mantiene varios días a pesar del riesgo de infección que ello conlleva. Contrae infección que tarda en filiarse al no realizar el correspondiente cultivo de inmediato, y termina falleciendo. El Tribunal alude a que, por la gravedad del cuadro, la pérdida de

efectúa la primera llamada). Por ello, el Tribunal entiende procedente reconocer una indemnización de 16.000€ a favor de la viuda y de 2.200€ para cada uno de los 4 hijos.

⁵⁸² A este respecto, la STS (Sala 3ª de 18 de octubre de 2005, señala que, en relación con la exigencia del nexo de causalidad: “*basta la certidumbre manifiesta de que el conjunto de circunstancias han repercutido en el daño sufrido para estimar responsabilidad*”.

⁵⁸³ MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (2006). Pág. 82.

⁵⁸⁴ MEDINA ALCOZ señala que en los casos en que la incertidumbre es escasa rige la regla del “todo o nada”, no dando lugar por tanto a una moderación de la responsabilidad en atención a la probabilidad de que el agente haya causado efectivamente el daño, mientras que si la probabilidad se sitúa en un término medio ha de reconocerse una indemnización parcial. Distingue así tres supuestos:

- 1.- Cuando la probabilidad de que la víctima no hubiese sufrido el daño de no haber mediado la intervención ilícita del agente dañoso es inferior al 15%, no surge la obligación de reparar el daño.
- 2.- Cuando es una probabilidad muy elevada (superior al 80% en Europa Continental o 50% en el mundo anglosajón), la víctima tiene derecho a una reparación integral del daño.
- 3.- Si la probabilidad se sitúa entre esos dos umbrales, genera el derecho a una indemnización parcial, resultante de multiplicar dicha probabilidad por la ganancia que se podía haber obtenido o por el daño que se podía haber evitado. MEDINA ALCOZ, L. (2007). Págs. 283 y ss.

oportunidad de supervivencia era “muy reducida” en el caso de haber actuado adecuadamente, fijándola de forma “prudencial” (no pericial) en un 10%; porcentaje que se aplica a la indemnización resultante por baremo (24.500€).⁵⁸⁵

Se recogen incluso en algunos casos, criterios tan vagos como que “*basta con cierta probabilidad*”⁵⁸⁶, o la expresión de una posibilidad “*más o menos cierta*”⁵⁸⁷, lo que nos parece atenta directamente contra el requisito de certeza que exige el daño para generar responsabilidad. Es tanta la elasticidad que se confiere a esta figura, que parece estar cayéndose en un exceso peligroso, aplicándose en casos en los que, sorprendentemente, ni siquiera existe daño antijurídico reconocido para indemnizar una posibilidad, quebrantando claramente el régimen jurídico propio de la responsabilidad patrimonial.

Lo anterior es manifiesto en la STSJ Madrid 135/2015, de 19 de Febrero de 2015⁵⁸⁸, referente a un retraso diagnóstico, por no dar importancia a los síntomas que presentaba el paciente y no acelerar las pruebas necesarias para diagnosticar el síndrome neurológico que padecía (Síndrome *Brown-Sequard*). Tras señalar el Tribunal que ni existe prueba alguna que permita sostener que se incurrió en mala

⁵⁸⁵ Con igual porcentaje del 10% se indemniza también por el mismo Tribunal en la STSJ Castilla León 1529/2015, de 1 de Julio, referida a un fallecimiento por aneurisma abdominal aórtica; o la STSJ Madrid 18 de Diciembre de 2015, sobre el diagnóstico de una neumonía.

⁵⁸⁶ En este sentido, cabe citar la STS de 23 de Enero de 2012 o en el ámbito territorial, la STSJ Andalucía 2032/2014, de 24 de Octubre o la STSJ Madrid 155/2014, de 24 de febrero que expresa: “*La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Febrero de 2011 recuerda, con cita de la STS de 23 de septiembre de 2010, que la “privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia “pérdida de oportunidad” (sentencias 7-9-2005, 26-6-2008 y 25-6-2010) se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda reconocer una indemnización en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias, insistiendo con cita de la STS de 7 de julio de 2008, en que << acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o, que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación >>. Así pues, en la fijación de la indemnización a conceder hay que tener en cuenta, conforme a lo hasta aquí razonado, la doctrina de la pérdida de oportunidad, según la cual es posible afirmar que la actuación médica privó de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente. En fin, teniendo en cuenta que no es, por lo expuesto, el fallecimiento de la paciente el daño indemnizable, sino el daño moral subsiguiente a la descrita pérdida de oportunidad, puesto que no es posible asegurar como habría sido la evolución de D...., y que no pueden hacer conjeturas acerca de las posibilidades de recuperación de la paciente en caso de haberse realizado un diagnóstico y tratamiento precoz, procede fijar una indemnización, ya actualizada a esta fecha, cifrada en 58.000€, 4.800€ para, aplicando un porcentaje del 50% aproximadamente, respecto de la indemnización establecida en el Baremo de indemnizaciones por accidente de tráfico vigente a esta fecha, para los supuestos de fallecimiento*”.

⁵⁸⁷ STSJ Andalucía 10 de Septiembre de 2004: “*(...) La pérdida de oportunidad ha de referirse a una expectativa más o menos cierta sobre la relevante incidencia de ese oportuno diagnóstico en cuanto a la calidad de vida o supervivencia del paciente...*”

⁵⁸⁸ La citada sentencia se adjunta como Anexo 2 al presente trabajo.

praxis, ni cabe apreciar relación de causalidad entre la actuación sanitaria y los pretendidos daños causados, y que **“el resultado lesivo no se considera antijurídico”**; termina reconociendo una eventual pérdida de oportunidad por el leve retraso hasta llevar a cabo la intervención quirúrgica que precisaba, lo que determinó un posible enlentecimiento o ausencia de remisión del déficit neurológico que presentaba, indemnizándolo como daño moral por la cifra de 20.000€. Resulta llamativo que si las reclamaciones se desestiman en el momento en que falte uno de los presupuestos necesarios para que surja la responsabilidad patrimonial, sí se estime en este caso la acción cuando ni siquiera el daño es antijurídico, yendo más allá de la objetivación de la responsabilidad hasta llegar al quebranto del propio sistema de responsabilidad patrimonial.

3.- CASUÍSTICA MÁS RELEVANTE:

Dada la incertidumbre que acompaña siempre al desenlace de los procesos clínicos, fruto de las numerosas variables que intervienen (antecedentes del paciente, estado de salud, edad, complicaciones, vicisitudes de la ciencia médica, etc), esta teoría sirve de fundamento a multitud de reclamaciones, así como resoluciones y sentencias condenatorias que la emplean cada vez con más frecuencia; encontrándose una incidencia especial en los siguientes supuestos referidos a una falta de asistencia o a su prestación defectuosa:

3.1.- SERVICIOS DE URGENCIAS

El concepto de urgencia debe entenderse como el acto inmediato que exige una concreta situación clínica subjetiva pero objetivable de un paciente; quedando delimitada pues la asistencia a una atención médica de inmediatez y rapidez⁵⁸⁹. De ahí que sea la situación clínica que presenten los pacientes cuando acuden a los Servicios de Urgencias, la que aconseje la conveniencia –o no- de realizar determinadas pruebas diagnósticas, o concretas actuaciones terapéuticas. Por cuanto, dichas unidades asistenciales están destinadas a la atención perentoria, para que, desde ellas, y una vez descartada la necesidad inaplazable de una atención y asistencia inmediatas, se deriven los pacientes a los centros y establecimientos de asistencia ambulatoria. Ello determina que los pacientes continúen el seguimiento de su proceso en atención primaria o especializada, o que, en otras ocasiones, al recibir

⁵⁸⁹ A este respecto, la STSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, de 31 de Octubre de 2008, dictada en el recurso de apelación nº 156/2008.

el alta en Urgencias, el paciente no vea resuelto su caso debiendo regresar si se modifican los síntomas o se sufre un empeoramiento al evolucionar la patología no detectada inicialmente. Estas circunstancias motivan que, en relación a los Servicios de Urgencias hospitalarias, se reclamen con frecuencia retrasos o errores de diagnóstico por no practicarse determinadas pruebas, altas precipitadas antes de llegar al diagnóstico de la patología, etc. En este marco, tienen especial protagonismo los siguientes bloques:

- a) Urgencias Traumatológicas: Son objeto de reclamación cuando por una insuficiente exploración del paciente, por la falta de realización de pruebas de imagen (a veces no basta con una Radiografía, o se requieren Radiografías en proyecciones diversas) se dejan pasar desapercibidas fracturas que requerirían tratamiento quirúrgico y que si se dejan evolucionar curando “en falso” provocarán al paciente secuelas dolorosas y/o funcionales. O bien, cuando tras un primer diagnóstico de sospecha en urgencias (que luego se comprueba que es erróneo), al derivar al paciente a Traumatología, el especialista da por bueno el primer diagnóstico, arrastrando el error y provocando con ello una segunda pérdida de oportunidad.⁵⁹⁰
- b) Urgencias Neurológicas. Son los casos en los que, presentándose el paciente en Urgencias con ciertos síntomas (desorientación, mareo, etc) no se practica TAC o no se hace una correcta exploración neurológica, privándole de un diagnóstico y tratamiento precoz; o cuando, tras un traumatismo, ante la focalización de dolor en alguna parte del cuerpo distinta a la cabeza, no se buscan síntomas neurológicos⁵⁹¹, y posteriormente se pone en evidencia que lo que el paciente sufre es una hemorragia o infarto cerebral.⁵⁹²

⁵⁹⁰ Como ejemplo, la STSJ Galicia de 28 de Octubre 2015, respecto a la defectuosa asistencia prestada por los Servicios de Urgencias, tras acudir por una fractura sufrida en accidente de tráfico. Se establece la Pérdida de Oportunidad de haber estabilizado la fractura del pilon tibial con reconstrucción del mismo, poniendo injertos óseos, minorando la indemnización en función del porcentaje teórico de que el resultado se hubiese producido igualmente, lo que se estima en un 45%.

⁵⁹¹ A modo de ilustración, la STSJ Galicia (La Coruña) de 30 de Septiembre de 2015. El paciente sufre un accidente de tráfico cuando acudía al hospital a realizarse hemodiálisis. En el centro hospitalario, no se le realiza un TAC ni se le indica permanecer en observación al menos 24 horas, ni se suspende tampoco la hemodiálisis, y el paciente termina falleciendo por aparición brusca y aguda del síntoma neurológico. Por ello, se estima una pérdida de oportunidad, valorando no obstante el estado enfermo previo de salud del paciente.

⁵⁹² Es el caso de la STSJ Madrid de 4 de Marzo de 2011, en el que una persona, con antecedentes cardiacos y tratamiento con anticoagulantes, sufre una caída casual de la que resulta una tumefacción nasal valorada por su médico de atención primaria, que le advierte de posibles síntomas por los que debía acudir a Urgencias. Allí se le realiza una anamnesis completa por presentar cefalea, y no se encuentran hallazgos neurológicos, por lo que es atendido por un cirujano plástico de las lesiones faciales. Con posterioridad sufre una hemorragia subdural aguda de la que fallece al poco tiempo, aduciendo por la familia reclamante la necesidad de que le hubieran practicado un TAC ante la cefalea. La sentencia rechaza la pérdida de oportunidad, al no evidenciarse mala praxis, pues no estaba prescrita la realización de tal prueba y los resultados del TAC son inciertos, ya que difícilmente podría haber evidenciado la

- c) Urgencias Cardíacas: Cuando por confundir síntomas (dolor) con probable traumatismo o dolores musculares, no se realizan pruebas que, atendiendo a la edad del paciente y sus factores de riesgo, estarían indicadas (electrocardiograma, análisis enzimáticos, Rx); perdiendo un tiempo valioso para haber podido instaurar el tratamiento correcto, por la patología coronaria padecida.⁵⁹³

3.2.- SERVICIOS DE AMBULANCIAS Y EMERGENCIAS SANITARIAS

Son numerosas también las reclamaciones en las que, ante un supuesto de emergencia súbita (como sería un infarto, un ictus, etc...), el retraso de los Servicios de Urgencia a domicilio (ya sea por demora de la ambulancia en llegar al domicilio, o bien por no asignarse ningún servicio por la mala gestión de la coordinación de los servicios de urgencias, o por no estar disponible en ese momento ninguna al estar atendiendo otras peticiones) ocasiona un detrimento de las posibilidades de haber evitado o minimizado el desenlace.

Es ilustrativa de esta casuística la conocida STS (Sala 3ª) de 7 de Agosto de 2008, que se viene poniendo de ejemplo como uno de los primeros casos en los que se aplica la pérdida de oportunidad en nuestra materia. En dicha sentencia, se considera daño antijurídico que para el traslado inmediato a una cámara hiperbárica de un centro de Barcelona de un submarinista que había sufrido un percance en la costa de Valencia, no se empleara un helicóptero sino una ambulancia, lo que habría podido ser más beneficioso para su vida.⁵⁹⁴

existencia del hematoma que con casi absoluta seguridad se produjo más tarde y, en cualquier caso, no habría dado lugar a una actitud terapéutica diferente a la que se siguió. También, es ilustrativo el Dictamen 538/11, de 26 de Octubre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en el que se analiza el caso de una persona que tras sufrir un traumatismo facial por una caída y estando en tratamiento con anticoagulantes, acude a Urgencias, donde sólo se atiende el traumatismo. Posteriormente sufre una hemorragia cerebral, falleciendo a consecuencia de la misma. Los informes médicos emitidos en el expediente, y el de la Inspección Médica entienden que la actuación de los Servicios Sanitarios fue correcta, de acuerdo con las guías clínicas de uso común, según la cual entre los criterios para la realización de un TAC no se encuentra el uso de medicación anticoagulante, destacándose además, que tampoco el paciente presentaba signos que aconsejaran la práctica de un scanner, siendo 15 el índice de Glasgow. En igual sentido, cabe citar el Dictamen del mismo Consejo núm. 440/12, de 18 de Julio.

⁵⁹³ Así ocurre en la STSJ de Galicia núm. 511/2015, de 30 de Septiembre de 2015: el paciente acude a Urgencias por dolor en el pecho y le diagnostican dolor muscular por esfuerzo en el trabajo. Le remiten a la Mutua Laboral y en el camino, mientras se encontraba en el coche sufre una parada por infarto; es llevado al hospital, y tras permanecer en coma, termina falleciendo. Se concluye finalmente que no cabe apreciar pérdida de oportunidad, sino mala praxis, al no ser correcta la anamnesis realizada, por lo que se estima la reparación integral del fallecimiento.

⁵⁹⁴ Igualmente, más reciente, cabe citar la STSJ de Baleares núm. 589/2015 de 7 de Octubre de 2015, en la que se enjuicia la asistencia domiciliar prestada por una ambulancia a una persona tras haber ingerido alcohol, que por achacar su estado a esa circunstancia le dejan en casa sin trasladarle a ningún centro, falleciendo después. Se reprocha por los familiares que no se ordenara el ingreso hospitalario, y

En estos supuestos, es preciso valorar el parámetro de normalidad exigible en cada caso al servicio de transporte sanitario, y una vez acreditado que hay un retraso injustificado, y por tanto antijurídico, determinar las probabilidades de que el resultado hubiera sido distinto de haber actuado la ambulancia en un tiempo más breve.⁵⁹⁵ No obstante, tal y como ocurre con el problema de las Listas de Espera, puede darse el caso de que si bien hay una falta o una demora en el servicio para el usuario, no resulte un daño antijurídico, dada la limitación de los medios disponibles en la Administración. De forma que si se justifica que los recursos (unidades móviles existentes) están en ese momento empleados en atender a otros usuarios, no sería antijurídico el resultado, sin perjuicio de su reprobabilidad desde otros ámbitos (política asistencial, calidad de los servicios, etc.).

3.3.- ERROR O DEMORA EN EL DIAGNÓSTICO/TRATAMIENTO:

La tardanza y el error en el diagnóstico es, sin duda, una de las grandes causas de reclamación de responsabilidad patrimonial, especialmente en procesos neoplásicos que terminan con el fallecimiento del paciente, siendo el ámbito en el que con mayor facilidad ha sido aplicada la doctrina de la pérdida de oportunidad, dada la dificultad de establecer la relación de causalidad en dichos casos.⁵⁹⁶ Asimismo, se ha destacado “*el alto riesgo judicial en cuanto a la pérdida de oportunidad asistencial se refiere*” de las patologías neurológicas, observándose un incremento de un 300% de las sentencias dictadas en ese terreno con fundamento en la meritada doctrina.⁵⁹⁷

En estos supuestos, la pérdida de oportunidad está determinada por no haber podido aplicar el tratamiento indicado de forma precoz, a causa del error o la demora en diagnosticar la enfermedad; perdiendo la posibilidad de haber incrementado la

que ello hizo que no se pudiera evitar su fallecimiento. El Tribunal, sin embargo, considera que no se tiene como desacertada tal decisión, concluyendo que no por el resultado de la decisión –que en este caso no era incorrecta cuando fue adoptada- ha de derivarse negligencia sanitaria, por lo que se desestima la reclamación.

⁵⁹⁵ Como ejemplo, cabe citar la STSJ de Madrid de 21 de Julio de 2010, que declara una indemnización de 30.000€ (“cifrando ponderadamente” dicha cantidad), por el daño moral infligido a la esposa e hijos del fallecido al entender que la Administración debe asumir la pérdida de oportunidad ocasionada de recibir asistencia hospitalaria más temprana, aunque el desenlace hubiera sido el mismo.

⁵⁹⁶ En un estudio realizado por SARDINERO GARCIA, sobre un grupo de sentencias dictadas en relación con neoplasias malignas, se pone de manifiesto que una de cada cuatro sentencias por pérdida de oportunidad asistencial está relacionada con la patología oncológica, siendo la materia en la que más frecuentemente se aplica la citada doctrina. Dicho estudio revela a su vez que se ha experimentado un incremento de más del 170% en las reclamaciones en esta área en los últimos años, siendo Madrid, La Rioja y Castilla y León las Comunidades Autónomas que más lo aplican. SARDINERO GARCIA, C. (2016bis). Pág. 424.

⁵⁹⁷ SARDINERO GARCIA, C. (2016 ter).

esperanza de vida del paciente, o por lo menos su calidad. Igualmente, es también aplicable cuando el retraso viene derivado de la no realización de las pruebas diagnósticas indicadas o recomendadas para el caso.⁵⁹⁸

Las indiscutibles dificultades inherentes a la labor diagnóstica (propiciadas por la inexactitud de la Ciencia Médica, las diferentes formas en que puede presentarse una enfermedad en cada persona, la fácil confusión de muchos diagnósticos por el enmascaramiento de una patología con otra, el desconocimiento del proceso de muchas enfermedades aún, etc...) conllevan que, para hablar de un diagnóstico tardío o erróneo con repercusión jurídica, sea preciso que haya existido falta de diligencia en la apreciación de los síntomas y/o en las pruebas realizadas o que debieron realizarse. Se trata pues de una omisión y no de una acción directa la causante de los daños, cuya relación de causalidad no puede probarse directamente.⁵⁹⁹ Partiendo de esa falta de diligencia, y determinado el retraso en proporcionar una actuación correcta, es preciso valorar en qué medida esa dilación ha supuesto un agravamiento en la patología del paciente (valoración que, como hemos visto, requiere una pericia adecuada dado el carácter técnico de tal labor).⁶⁰⁰

Sirve como ejemplo, la STSJM 384/2014, de 14 de Mayo de 2014: caso en el que se reclama el retraso en el diagnóstico y tratamiento de una infección posterior a intervención quirúrgica de descompresión de unión cráneo-cervical, con secuelas neurológicas. Se entiende acreditado que la falta de análisis y cultivo del seroma (máxime cuando se comprobó su relación con el *pseudomeningocele*), impidió diagnosticar el origen de la fiebre, el efecto terapéutico de la evacuación, conocer el estado del LCR (líquido cefalorraquídeo), y también adelantar el diagnóstico y tratamiento de la meningitis, todo lo cual ha tenido repercusión en la salud física y psíquica del paciente. Por ello, concluye el Tribunal que se le privó al reclamante de “cierta” expectativa de curación o de mejorar su salud y evitar, en todo o parte, las secuelas que padece; y ante la falta de certeza sobre cuál habría sido la evolución del

⁵⁹⁸ En este sentido, el Dictamen del Consejo Consultivo Madrid núm. 91/12, de 15 de Febrero (no se realiza una colonoscopia que estaba indicada según la Sociedad Española de Patología Digestiva, y que hubiera podido diagnosticar el cáncer del enfermo un año antes de que fuera diagnosticado con la repercusión de dicha precocidad en el tratamiento y en la evolución de la enfermedad), ó Dictamen 226/12, de 18 de abril del mismo Consejo Consultivo (con respecto a la falta de realización de pruebas que hubieran podido diagnosticar el tumor padecido).

⁵⁹⁹ Lo que se denomina por LUNA YERGA “daños pasivos” LUNA YERGA, A. (2005). Pág. 2.

⁶⁰⁰ Es el caso, por ejemplo, de la STS 13 de Octubre de 2011, en la que se indemniza la pérdida de oportunidad ocasionada por la omisión de pruebas diagnósticas a una gestante para el control de sus alteraciones metabólicas. También, la STS, de 27 de Septiembre de 2011, en la que se considera que el retraso en el diagnóstico y la realización tardía de las pruebas que hubiesen permitido una anterior confirmación del diagnóstico de presunción, supone una infracción de la *lex artis* que ha generado una pérdida de oportunidad, en cuanto a que los resultados podían haber sido otros.

paciente y si se habrían evitado padecimientos y secuelas de haber efectuado cultivos (no pudiendo emplear el baremo para la valoración), se indemniza con 60.000€ por la incertidumbre sobre la secuencia que hubieran podido tomar los hechos.

En estos supuestos, en un principio los Tribunales eran proclives a indemnizar la totalidad del daño, bajo el razonamiento de que la Administración no había empleado todos los medios necesarios para el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, con clara vulneración de la *lex artis*. Sin embargo, es manifiesto que no son iguales las expectativas que pierde el paciente con una enfermedad incurable o terminal, que otro que tiene un proceso que sí puede ser atajable si se trata pronto y que por tanto tiene mayor supervivencia; por lo que no resulta equitativo tasar todos los supuestos por igual, sin valorar las circunstancias médicas del caso. Por ello, una correcta aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, debiera llevar a aplicar sobre la indemnización prevista en baremo, el coeficiente resultante de las probabilidades de mayor supervivencia que habría tenido el paciente de ser correcta la actuación, siendo especialmente trascendente como decíamos, para ello, contar con un informe de un especialista que valore las posibilidades y circunstancias específicas en relación con el paciente y la propia patología.⁶⁰¹

Otro ámbito en el que frecuentemente se emplea la Pérdida de Oportunidad es la demora terapéutica, cuando se incurre en retraso para indicar tratamiento (porque una vez diagnosticada la enfermedad, no se le hacen al paciente las pruebas necesarias para evaluar su alcance real y elegir la opción terapéutica más adecuada); o bien para iniciarse dicho tratamiento⁶⁰². Este supuesto viene derivado fundamentalmente de un retraso de diagnóstico que conlleva también que se demore el tratamiento, de una deficiente gestión del caso clínico, o de las listas de espera propias de la organización de los servicios asistenciales en el ámbito de la Administración Sanitaria.⁶⁰³

⁶⁰¹ Dentro de las enfermedades que con mayor frecuencia se presentan en la casuística, el retraso en las patologías cancerígenas representa el principal motivo de reclamación, dado que el tiempo en estos procesos resulta crucial. Los progresos alcanzados en el cáncer suponen que hoy en día algunas neoplasias se consideren técnicamente curables, por lo que el retraso, ya sea en su diagnóstico o tratamiento, se estima que entraña una pérdida de oportunidad, al asociarse médicamente con un empeoramiento del pronóstico y/o supervivencia. De hecho, son factores que han reducido las tasas de mortalidad en estas patologías el diagnóstico temprano y los programas de detección precoz junto a los avances en los tratamientos.

⁶⁰² Por ejemplo, el Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón 53/2013, de 30 de Abril: Se concluye que existe pérdida de oportunidad al no establecerse prioridad alguna en la intervención quirúrgica y en el momento en que efectivamente pudo hacerse; entendiéndose que tal Pérdida de Oportunidad se hubiera podido derivar (no se sabe) en un decremento o una menor intensidad de las secuelas que soporta el paciente. Invocando la dificultad de valorar la pérdida de oportunidad, y tras señalar que se han ponderado la globalidad de las circunstancias y condiciones concurrentes -aunque no se explican cuáles y de qué modo- se estima una indemnización de 37.500€.

⁶⁰³ Como ya referimos, ha de tenerse en consideración el carácter limitado de los recursos materiales y humanos, lo que hace inevitable las listas de espera, cuyo funcionamiento para que sea equitativo, ha de

3.4.- DEFICIENTE PREVENCIÓN EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA:

Se trata de los casos en que se reclama la inacción de la Administración en materia de salud pública, por insuficiencia en la información que se proporciona o bien en los medios empleados, lo que repercute en la incidencia de procesos contagiosos y su virulencia, impidiendo la eficacia de las medidas de prevención posibles. Es el supuesto que encontramos, entre otras, en la STS (Sala 3ª) de 25 de Junio de 2010, en la que se condena a la Administración Sanitaria de Castilla-La Mancha por una falta de información en la campaña de vacunación de la meningitis C, al no comunicar al respecto de la revacunación, la insuficiencia de la vacuna anterior (y la necesidad de volver a vacunarse), entendiéndose que ello ocasiona una pérdida de oportunidad de proteger a los menores excluidos de la campaña. En dicha sentencia, se cuantifica la indemnización para la menor que sufrió graves consecuencias, al resultar ineficaz la primera vacuna por no ser revacunada, con la cifra de 800.000€.

3.5.- FALTA DE INFORMACIÓN

Como veremos en el siguiente capítulo, la falta de información y/o consentimiento ha sido afrontada de diversas formas por la jurisprudencia. Una de las tesis más seguidas es la que empareja la falta de información con la pérdida de oportunidad, entendiéndose que con tal omisión se priva al interesado de la oportunidad -que le pertenece dentro de su derecho de autonomía- de decidir en consciencia y conciencia sobre las acciones médicas y los efectos en su propio cuerpo.⁶⁰⁴ En este caso, la operación de cálculo probabilístico se dirige a intentar averiguar cuál habría sido la decisión del paciente de haber sido debidamente informado por el facultativo, y determinar si habría consentido o no someterse a la intervención; sin perjuicio de lo cual, termine indemnizándose la mera infracción del deber del médico, al no lograr aventurar cuál habría sido la conducta del perjudicado. En este orden de ideas, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a la hora de enjuiciar reclamaciones sobre falta de información, parece estar consolidando una tendencia jurisprudencial que bascula en la teoría de la *Chance* (aún sin explicitar que se aplica la misma); siendo de resaltar principalmente dos bloques de supuestos:

atender a los principios de igualdad y solidaridad. En consecuencia, y salvo que se determine una gestión inadecuada de las mismas (en cuanto a una duración excesiva de tiempo de espera, un error en la clasificación de la prioridad, etc), cabe entender que no sean antijurídicos los daños derivados de su funcionamiento.

⁶⁰⁴ STSJ Castilla-León nº 1529/15, de 1 de Julio de 2015.

a) Falta de información sobre malformaciones congénitas (wrongful birth):

Son los casos, examinados en el capítulo anterior, en los que la falta de detección o de información a la madre sobre malformaciones en el feto impide a aquella decidir sobre la interrupción del embarazo a tiempo. Como decíamos en dicho capítulo, si bien un sector de la doctrina entiende que no se trata propiamente de una pérdida de oportunidad, sino de un daño moral por privación del derecho de autodeterminación, lo cierto es que también se encuentran pronunciamientos que encajan estos casos en la doctrina de la pérdida de oportunidad, por lo menos como una de las partidas indemnizatorias. Tesis que suscribe un importante sector de la doctrina.⁶⁰⁵

Cabe citar como ejemplo, la STS (Sala 3ª) de 4 de Noviembre de 2008 o la STS (Sala 3ª) de 25 de Mayo de 2010, en las que se reconoce junto a la lesión puramente económica consistente en el mayor coste que notablemente supone la crianza de un niño aquejado de una enfermedad genética, la pérdida de oportunidad de no haber podido decidir si se ponía fin al embarazo legalmente por no haber conocido la patología lo suficientemente temprano para ello. Igualmente, en la SAN Sala Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª, de 24 de Octubre de 2011, en la que se indemniza el daño moral derivado de la pérdida de oportunidad por no haber sido informados los reclamantes de la enfermedad del bebé, sumando también el daño moral que supone la continua preocupación por la situación presente y la incertidumbre de los padres ante el futuro, teniéndose en cuenta por la Sala los ingresos que perciben.

b) Falta de información sobre los riesgos o complicaciones asociadas a una intervención

Sin perjuicio de que el tema de la información es abordado con mayor profundidad y amplitud en el capítulo siguiente, debe ser tratado también en este, en lo referido a la Pérdida de Oportunidad; al contemplarse en el supuesto en que se practica una intervención programada o electiva, con arreglo a la *lex artis*, sucediendo una complicación inherente a la misma (según la estadística médica), sin que haya podido probarse que el sujeto fuera informado adecuadamente. Lo que en este supuesto se indemniza es la oportunidad que el paciente pierde por no haber recibido la información adecuada, de haber optado por no someterse a la intervención, y evitar

⁶⁰⁵ GALÁN CORTES, J.C. (1998). Págs. 10-14.

con ello la complicación acaecida. De forma que, ante la falta de información sobre las complicaciones posibles de una intervención, una vez materializada alguna de ellas, se habrán de ponderar por el Tribunal las circunstancias más relevantes como son el estado previo de salud, la incidencia estadística de las complicaciones, o la capacidad del paciente de valorar la decisión libre de sustraerse a la intervención o no.⁶⁰⁶

Sobre esta cuestión, cabe citar la STS 16 de Enero de 2012⁶⁰⁷, en la que se indemniza la pérdida de oportunidad, al no haber sido correctamente informado el paciente del riesgo o complicación estadística asociada a la intervención que consintió se le practicara para solucionar problemas en su espalda, causándole como secuela una parálisis de la que no había sido advertido. En este caso, la sentencia de la AP hizo coincidir el daño indemnizado con las graves secuelas que resultaron de la intervención a que fue sometido el demandante (como si se hubieran derivado de una deficiente actuación). Sin embargo, no es éste el perjuicio a indemnizar, sino el que resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo que era muy bajo, y de su posterior materialización. De tal forma que la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado, y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud del paciente. La negligencia médica ha comportado una pérdida de oportunidad para el paciente que debe valorarse en razón a la probabilidad de que, una vez informado de estos riesgos personales, probables o típicos, hubiera decidido continuar en la situación en que se encontraba o se hubiera sometido razonablemente a una intervención que garantizaba en un alto porcentaje la posibilidad de recuperación. Pues, si bien no habría necesidad vital para llevarla a efecto, si era clínicamente aconsejable en razón a la existencia de una patología previa y al fracaso del tratamiento conservador instaurado previamente durante cierto tiempo.

Con ello, se posibilita hacer efectivo un régimen especial de imputación probabilística, como es la pérdida de oportunidad, que permite reparar en parte el daño, y que toma como referencia, de un lado, el daño a la salud sufrido a resultas de la intervención y, de otro, la capacidad de decisión de un paciente que valora su situación personal y decide libremente sustraerse o no a la intervención quirúrgica sin el beneficio de conocer las consecuencias para su salud, una vez que éstas ya se han producido. El TS concluye que no cabe calificarlo como daño moral ni valorarlo discrecionalmente,

⁶⁰⁶ En este sentido, la STS de 16 de Enero de 2012.

⁶⁰⁷ Al respecto, MARTÍN DEL PESO, R. (2013). Pág. 327 y ss.

entendiendo más acertado que se haga estableciendo un porcentaje en función de la limitación de la autonomía de decisión que ha representado la falta de información y fijando tal porcentaje sobre un índice valorativo cierto como es la secuela producida. En este caso lo sitúa en un 50%, teniendo en cuenta que la intervención era clínicamente aconsejable y la complicación poco frecuente. Por todo lo cual, determina que no nos hallamos ante la indemnización de un daño moral para el que no hay parámetros de cuantificación, sino ante un “daño de distinta naturaleza” fácilmente cuantificable (lo que por otra parte resulta ser un término aún más impreciso que el daño moral).

Y es que si, tradicionalmente, en estos casos, imperaba para los Tribunales la reparación integral del daño, indemnizando la totalidad del mismo aún sin que la actuación fuera deficiente; afortunadamente, el criterio ha cambiado de forma sustancial, por cuanto ello resultaba contrario a justicia, al imputar responsabilidad por todo el daño sufrido, como si la complicación fuera fruto de una *malpraxis*, cuando sin embargo se había obrado sin deficiencia técnica o médica alguna. Actualmente, los Tribunales vienen distinguiendo los casos en los que se prueba que el acto médico ha sido defectuoso o deficiente, de aquellos otros en los que la complicación nada tiene que ver con una mala práctica médica, sino que únicamente no se advirtió de su posibilidad al paciente, privándole de la oportunidad de no someterse a la intervención. Estos supuestos se suelen indemnizar según el baremo de accidentes de circulación, aplicando un factor de corrección del 50%, para reducir a la mitad la indemnización resultante.⁶⁰⁸ Este criterio ha sido defendido por algunos autores, en el sentido de que, de ser aplicado a todos los supuestos parecidos, garantizaría una mayor justicia y equidad⁶⁰⁹. Sin embargo, no parece que todos los casos en los que existe esa falta de información puedan ser tasados igual, pues no en todos es posible sustraerse a una intervención sin riesgo para la vida, ni en todos ellos puede igualarse la capacidad de decisión; por lo que, si bien podemos estar de acuerdo con la necesidad de homogeneizar pautas y criterios, no podemos dejar de defender que se valore cada caso en función de sus circunstancias.

4.- ¿CÓMO SE INDEMNIZA LA PERDIDA DE OPORTUNIDAD?:

4.1.- ¿QUÉ CONCEPTO SE INDEMNIZA?

⁶⁰⁸ Esta es la solución adoptada por la STS Sala 1ª (Ponente Seijas Quintana) nº 948/2011, de 16 de Enero de 2011.

⁶⁰⁹ SAIGI-ULLASTRE, U. y otros (2013). Pág. 159.

Una vez se obtiene la convicción de que procede jurídicamente la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, y tras la determinación del daño, llega el momento de fijar el valor de su resarcimiento. La indemnización en este campo es una cuestión extremadamente compleja, ya que nos movemos en el terreno de lo que el TSJ de Madrid ha llamado “cursos causales no verificables”⁶¹⁰, al que además unimos la determinación porcentual de la no verificación de un resultado que efectivamente se produjo.

Realmente, de acuerdo a lo explicado hasta ahora, habría de realizarse una valoración probabilística, proyectando el porcentaje del cálculo de probabilidad realizado sobre la cuantía total del daño, a fin de extraer el valor cuántico de esa oportunidad perdida e indemnizar así la probabilidad, que siendo cierta, ha resultado frustrada⁶¹¹. Esto supone la realización de un examen prospectivo de probabilidades, a fin de poder determinar la cuantía de la indemnización, y resarcir así únicamente el valor de la oportunidad; siendo esta la solución que nos parece de mayor equidad en consonancia con el sentido de esta teoría.⁶¹² Sin embargo, no es éste el mecanismo que se pone en marcha usualmente por nuestros Tribunales, cuando llega el trance de ponerle una cifra a la indemnización a reconocer, pues normalmente se evitan tan compleja operación, optando por indemnizar conforme al “prudente arbitrio”. Por el contrario, sí parecen acoger la valoración probabilística los Consejos Consultivos, que a través de sus dictámenes vienen animando a las Administraciones a realizar tales cálculos para mejorar su labor de valoración del daño.

El panorama es tan variado que resulta de lo más confuso, pues no hay uniformidad ni en el daño que se indemniza ante un caso de pérdida de oportunidad, ni en las formas o criterios para valorarlo o cuantificarlo aún en casos similares, lo que dificulta la homogeneización de criterios. Así, ante la pérdida de oportunidad, son varias las opciones que encontramos en sentencias y dictámenes a la hora de compensar o resarcir el daño:

⁶¹⁰ Al respecto, la STSJM de 5 de Julio de 2015. También el TSJ de Madrid en la S. de 5 de Junio de 2015 (Recurso 682/2013) recuerda: "... La doctrina de la "pérdida de oportunidad" tiene como presupuesto la existencia de una actuación negligente como elemento desencadenante del daño, operando en la esfera de la causalidad en torno a los llamados "cursos causales no verificables" en los que no puede establecerse una relación directa entre un hecho culposo y varios resultados posibles según los conocimientos científicos vigentes, y pretende evitar con ello que en dichos supuestos el perjudicado quede desprotegido, indemnizando al sujeto que por un acto negligente probado se ha visto privado de un eventual "suceso favorable", futuro e incierto, con una suma inferior a la que correspondería de poder determinarse claramente la relación de causalidad entre el actuar administrativo y los daños producidos".

⁶¹¹ MEDINA ALCOZ, L. (2009). Pág. 135.

⁶¹² A favor de ello se pronuncia LUNA YERGA, A. (2005). Pág. 121.

a) Compensación proporcional, mediante la cuantificación de la posibilidad de supervivencia o de curación perdida. Es la forma que entendemos más correcta por responder de un modo más estricto al fundamento de la doctrina de la Pérdida de Oportunidad. Se realiza en algunas ocasiones, aunque para ello no siempre se atiende de manera matemática a los porcentajes estadísticos fijados en la literatura científica en relación a cada patología (en muchos casos no ha sido posible aún establecer dichos porcentajes). Se indemniza pues el daño corporal (según las tablas de tráfico), aminorado por la probabilidad de que el resultado hubiera sido igual de actuar de otro modo; despejando por tanto la probabilidad de haber cambiado el resultado lesivo final.

b) Compensación integral (la llamada “*full compensation*” de la jurisprudencia anglosajona): basada en que, ya que la negligencia del médico incrementó el riesgo que causó el daño en concurrencia con el riesgo inherente a la enfermedad o lesión preexistente, se entiende que ha de responderse por la totalidad del daño, en este caso corporal.

c) Compensación discrecional: realizando la cuantificación de la pérdida de oportunidad como daño moral autónomo. Se realiza fijando una indemnización a tanto alzado y valorando de un modo más subjetivo con similitud a las cantidades impuestas para casos parecidos. Se indemniza, en este caso, no el daño corporal, sino los padecimientos espirituales como: la incertidumbre, ansiedad, zozobra, inquietud... por no poder saber nunca cuál habría sido el resultado de actuar de otro modo. En este sentido, la jurisprudencia más reciente, como la STSJ Madrid núm. 181/2015, de 10 de Marzo de 2015, que recoge anteriores pronunciamientos del TS establece que “*la pérdida de oportunidad es un daño antijurídico indemnizable conforme a los criterios indemnizatorios del daño moral*”.

d) Cuantificación del daño físico cierto producido por el retraso diagnóstico sumado a la pérdida de oportunidad de haber reducido o aminorado la lesión. Es el caso del Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 354/13, de 4 de Septiembre, con respecto a una fractura nasal que pasó desapercibida, se indemniza la secuela y a la vez la pérdida de oportunidad, en cuanto al daño estético reduciendo al 50% esa partida.

Por otro lado, la Jurisprudencia viene distinguiendo la cuantificación en función de si se acredita la infracción de la *Lex Artis* o no, señalándose que la cuantía de la indemnización es diferente según se den los siguientes circunstancias:

a) Si se acredita la infracción de la *lex artis*, en cuyo caso ha de tenderse a la reparación integral o plena indemnidad de los daños y perjuicios causados.⁶¹³

b) Si, pese a no demostrarse la quiebra de ésta, se justifica la privación de expectativas en que consiste la pérdida de oportunidad, debido a la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente o incluso permitir la opción legal de interrumpir el embarazo, habrá de ponderarse el valor de la expectativa frustrada⁶¹⁴. De modo que en este segundo caso la pérdida se asemeja en cierto modo al daño moral, que es el concepto indemnizable⁶¹⁵.

Como decimos, en nuestra casuística, podemos encontrar pronunciamientos en las distintas opciones, incluso por parte de los mismos tribunales⁶¹⁶, e igualmente ocurre en los dictámenes de los Consejos Consultivos. Así, por ejemplo, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid consideraba que la pérdida de oportunidad debe valorarse en función de la pérdida de expectativas que haya podido experimentar la reclamante⁶¹⁷; y sin embargo, en otros dictámenes optaba por una valoración global a la vista de las circunstancias del caso⁶¹⁸.

Esta falta de uniformidad ha motivado en este campo la presentación de recursos de casación para unificación de doctrina, como se trató en la STS 3 de Diciembre de 2012 (rec. casación para unificación de doctrina 815/2012), que versa sobre la STSJ Madrid de 25 de Noviembre de 2010, relativa a un caso en el que se solicita indemnización por los daños y perjuicios derivados de haber sido dada de alta la paciente sin diagnóstico ni determinación del origen de los síntomas que motivaban los ingresos, falleciendo sin la oportunidad de luchar contra el cáncer que la estaba invadiendo. Se alega en el recurso que la sentencia recurrida si bien concreta el daño en una pérdida

⁶¹³ STS de 10 de Octubre de 2011 (recurso de casación 3056/2008), STS 3 de Mayo de 2012 (recurso de casación 2441/2010), y STS 16 de Mayo de 2012 (recurso de casación 1777/2010).

⁶¹⁴ STS de 23 de Septiembre de 2010 (rec. casación 863/2008), STS de 19 de Octubre de 2011 (rec. casación 5893/2006), STS de 23 de Enero de 2012 (rec. casación 43/2010), y STS de 3 de Julio de 2012 (rec. casación 6787/2010).

⁶¹⁵ STS de 3 de Diciembre de 2012 (rec. casación 2892/2011).

⁶¹⁶ Así, la STS (Sala 3ª) de 25 de junio de 2010, utilizando el principio de reparación integral, indemniza al perjudicado, por todo el daño real y efectivo que padece por haberle privado de la oportunidad de protegerse, con una vacuna eficaz, contra la meningitis C, que la propia Administración conocía y que había proporcionado en otros casos; mientras que la STS (Sala 3ª Sección 6ª) de 7 de julio de 2008, aclara que el principio de reparación integral de la pérdida de oportunidad no consiste *“en el reconocimiento a favor del actor de una indemnización que le satisfaga por las secuelas que soporta, entre otras razones porque la curación nunca se encuentra médicamente garantizada. En otras palabras, no debe pagársele por las dolencias reales padecidas “sino tan sólo por la mera posibilidad de que, de no haberse sufrido la repetida dilación, hubiera podido obtener otro resultado, más propicio y benigno, esto es, la privación de la ocasión para eludir las secuelas físicas que padece”*.

⁶¹⁷ Dictámenes del Consejo Consultivo Comunidad de Madrid 568/2011, de 19 de octubre y 226/2012 de 18 de Abril, entre otros.

⁶¹⁸ Como el Dictamen 765/11, de 28 de diciembre, Consejo Consultivo Comunidad de Madrid.

de oportunidad, al fijar la indemnización en aplicación del Baremo de Tráfico, concede la indemnización correspondiente al cónyuge por fallecimiento; lo que es contrario a la jurisprudencia contenida en dos sentencias del TSJ Valencia (SS. de 1 de Marzo de 2010 y 12 de Marzo de 2010, respectivamente), de igual fondo, pues en ellas se cuantifica el daño, no conforme al daño material correspondiente al hecho acaecido (fallecimiento de un paciente) sino la pérdida de oportunidad apreciada; pérdida que se asemeja al daño moral (es decir, se cuantifica el daño material en sí mismo acaecido y no el daño moral derivado de la pérdida de oportunidad). Estimándose la infracción de doctrina, el TS concluye que la sentencia de instancia ha errado al considerar que en este caso el importe de la indemnización debe calcularse teniendo en cuenta el importe total del daño producido, pese a reconocer que un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida sólo habría ofrecido algunas posibilidades de curación, estimadas en el 25% de los pacientes que la padecían. En este caso se entiende que las cantidades que resultan del baremo no son adecuadas para comenzar el cálculo de la indemnización, por lo que se recurre a las indemnizaciones fijadas en otros casos semejantes (500.000€ y 600.000€), aminorando la cifra en atención al reducido grado de probabilidad de haber evitado el resultado fatal producido si se hubiera efectuado un diagnóstico certero de la enfermedad, de lo que resulta una cantidad de 126.987,59€.

Y es que, en muchas ocasiones la realidad desvela que el concepto de la pérdida de oportunidad no se contempla por la jurisprudencia como un elemento moderador de la indemnización, pues, al amparo del mismo se otorga una determinada suma “*con independencia de cuáles hubiesen sido los resultados finales del tratamiento*”.⁶¹⁹ Es decir, la cantidad que se reconoce en concepto de indemnización por pérdida de oportunidad, se concede independientemente de que no se haya podido demostrar con total certeza la incidencia que dicha pérdida de la ocasión haya tenido sobre el desarrollo posterior de la enfermedad (sobre todo, en el caso de falta de información, donde no siempre se tiene en cuenta cuál habría sido la posible decisión o qué capacidad de decidir tenía el paciente), determinándose como un daño moral autónomo a tanto alzado.

A modo de sistematización, podemos extraer algunos criterios de la actual Jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, que sirven de guía para la valoración de casos de pérdida de oportunidad:

⁶¹⁹ Vid. STS (Sala 3ª) de 12 de Julio de 2007.

- La indemnización no ha de ascender al total de la valoración del daño sufrido cuando se trata de una pérdida de oportunidad.⁶²⁰
- La privación de expectativas de curación debe indemnizarse tomando en consideración la probabilidad de éxito que existía en caso de que la actuación hubiera sido diligente.⁶²¹
- La pérdida de oportunidad debe valorar las expectativas de pronóstico de vida pero también las alternativas existentes.⁶²²
- El error de diagnóstico constituye una pérdida de oportunidad, con independencia del resultado que se pudo obtener de haber sido el adecuado el tratamiento aplicado.⁶²³
- Si además de la pérdida de oportunidad existe un daño cierto, éste debe ser también indemnizado.⁶²⁴
- El conocimiento acerca de las posibilidades reales de curación constituye un elemento sustancial en la pérdida de oportunidad que modula la cuantificación de la indemnización minorándolo⁶²⁵ o incrementándolo⁶²⁶.
- Como criterios para fijar la indemnización se tienen en consideración las circunstancias personales y familiares del paciente, el grado de probabilidad de que la omisión causara beneficio y el grado, entidad o alcance del resultado producido.⁶²⁷

4.2.-FORMAS DE CALCULAR LA INDEMNIZACIÓN

⁶²⁰ Vid. STS 23 de Septiembre de 2010.

⁶²¹ STS (Sala 3ª) de 2 de Enero de 2012: se diagnostica erróneamente como problema renal lo que luego resultó ser un aneurisma abdominal, que se rompe, falleciendo el paciente. Se cuantifica en 50.000€

⁶²² En este sentido, la STS (Sala 3ª) de 23 de Mayo de 2012 sobre un retraso en sospechar complicaciones tras intervención por carcinoma bronco génico, agravándose el pronóstico vital en esos días. El TS confirma la cuantía impuesta por la Sala de instancia de 20.000€, considerando, además del porcentaje de supervivencia, el hecho de que la operación era la única opción posible ante un pronóstico de fallecimiento entre 9 y 12 meses.

⁶²³ En este sentido se pronuncia la STS de 2 de Julio de 2007, referido al retraso diagnóstico de infarto de miocardio. El Tribunal pone en evidencia que no se tuvo en cuenta que el paciente padecía *Diabetes Mellitus* de varios años de evolución y la hipertensión asociada, por lo que al no valorarse tal patología, no se tomaron determinadas medidas de precaución. Si bien, también determina que de haber quedado ingresado en un primer momento, resultaría difícil evaluar las posibilidades de supervivencia debido al delicado estado de su corazón, el carácter masivo de su infarto, su diabetes y su tensión arterial. Se cuantifica en 120.000€ la pérdida de oportunidad de recibir un tratamiento acorde a su verdadera dolencia, ocasionándole un daño indemnizable que no es el fallecimiento en sí, ya que médicamente es imposible saber si se hubiera podido evitar, sino esa pérdida de oportunidad de recibir un tratamiento adecuado. Para lo cual se dice tener en cuenta la edad de la víctima y sus responsabilidades familiares.

⁶²⁴ Al respecto, cabe citar la STS 20 de Marzo de 2012, sobre la demora en el diagnóstico de un cáncer de cerviz por el cual ha de interrumpirse el embarazo. El Tribunal indemniza no sólo la pérdida del bebé que esperaba como un daño cierto, sino además que de haber sido tratada con anterioridad el tratamiento podía haber sido más conservador y no hubiera perdido, probablemente, la capacidad reproductiva. Conjuntamente se cuantifica en 250.000€ teniendo en cuenta la edad de la paciente.

⁶²⁵ V.gr. STS 27 de Noviembre de 2012.

⁶²⁶ V. gr. STS 22 de Mayo de 2012.

⁶²⁷ Como así lo expresa la STS de 3 de Diciembre de 2012.

Sin perjuicio de que en el último capítulo del trabajo se desarrolla este tema con mayor profundidad, al hablar de la pérdida de oportunidad no podemos dejar pasar las vicisitudes que se suscitan en su valoración. Con respecto a las herramientas que se vienen utilizando para el cálculo de las cuantías a indemnizar, al igual que para el resto de daños sanitarios, son tres fundamentalmente los “métodos” empleados por los Tribunales, Órganos Consultivos y las Administraciones –no siempre coincidentes, ni siquiera ante un mismo caso-:

a) El uso del Baremo de Tráfico:

Como hemos aludido –y desarrollaremos en el capítulo VII- es habitual que tanto los Órganos Consultivos en sus dictámenes, como la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa, y las propias Administraciones valoren las indemnizaciones en materia sanitaria, siguiendo el sistema indemnizatorio previsto para accidentes de tráfico, cuya aplicación posee únicamente carácter orientativo o referencial en el ámbito sanitario. Para el caso de la pérdida de oportunidad, lo que se ha venido haciendo es aplicar una reducción en la cuantía correspondiente a la concreta secuela prevista en el baremo, en función de la probabilidad de la producción del daño aún de no haber mediado la pérdida,⁶²⁸ tal y como viene reiterando la Sala 3ª del TS (indemnizando así, sólo el porcentaje de posibilidades estimadas de haber podido evitar el daño).

Sin embargo, no resulta fácil la cuestión relativa al montante indemnizatorio en estos supuestos, y así lo vienen señalando los Tribunales, cuando no se conoce el grado de probabilidad de que otra actuación hubiera producido un efecto más beneficioso, o el grado o alcance de tal efecto. Dicha complejidad la da realmente el caso clínico, pues dependiendo de la patología o proceso será posible o no llegar a realizar tales estimaciones. Ante tales dificultades, son variadas -como estamos viendo- las soluciones que los Tribunales han de ingeniar.

En el caso, por ejemplo, de la STSJ Castilla La Mancha nº 15, de 4 de Enero de 2016 (referida al nacimiento con graves secuelas de uno de los dos gemelos nacidos en un parto), el Juzgado de Instancia entiende acreditada la pérdida de oportunidad de que la realización de una cesárea hubiera podido producir un resultado distinto. Se reconoce una indemnización de 100.000€ (señalando el Juzgador que si bien dicho importe es muy superior al fijado en otras ocasiones en las que se ha aplicado dicha teoría de la

⁶²⁸ En este sentido, el Dictamen Consejo Consultivo Comunidad de Madrid núm. 91/12, de 15 de Febrero y STSJ Madrid de 7 de Febrero de 2012, según la cual, en estos casos ha de reducirse “(...) *el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente*”.

pérdida de oportunidad; en este caso viene justificado por los graves daños padecidos, “de modo que la simple posibilidad de que no se hubieran producido o lo hubieran sido en una cantidad menor” merece aquella cifra). Como vemos, el Juzgado da a esa “simple posibilidad” un gran valor –sin entrar a ponderar su grado de certidumbre-, otorgando trascendencia al hecho de que por lo menos esté en duda que el grave daño pudo ser evitado. El TSJ entiende tal posición correcta, y tras citar recientes sentencias del TS⁶²⁹, reconoce que aunque no está acreditado el grado de probabilidad de que la impecable actuación de los Servicios Sanitarios hubiera conllevado la eliminación de secuelas o su disminución, sí se conoce el alcance de las secuelas, lo que les lleva a delimitar el montante dejándolo en el 25% de la cantidad resultante por baremo, reconociendo una indemnización de 154.706€.⁶³⁰

No obstante, no todos los criterios que contiene el sistema de tráfico son adecuados, ni siquiera como orientadores, para casos de pérdida de oportunidad. Y es que el daño derivado de la pérdida de oportunidad no puede valorarse en la misma cuantía que resulta del baremo para la secuela que se teme derivará de la probabilidad frustrada, ni siquiera cuando la indemnización se reduce en función de las probabilidades de materialización de la oportunidad todavía no perdida. Y ello por cuanto, lo que verdaderamente ha de indemnizarse es la reducción de las expectativas de vida o de las posibilidades de curación, o “*el temor o la ansiedad ante la pérdida de una oportunidad todavía no sacrificada*”⁶³¹. No sólo porque es esencial a la pérdida de oportunidad que la indemnización sea menor que la correspondiente al perjuicio material, sino porque ello implicaría admitirla como una partida autónoma dentro del conjunto de daños indemnizables, duplicando conceptos que ya se incluyen en el baremo como daños corporales. Esto ha motivado que para muchos autores resulte más adecuado recurrir como criterio orientativo, no a la cuantificación de la secuela o a la valoración de la muerte porcentualmente reducida en función de la expectativa de vida no afectada por la pérdida de oportunidad (que sin duda responde bien al factor incertidumbre), sino a otros criterios correctores (de la tabla o fuera de ella) que se adecuen mejor a la verdadera naturaleza del daño moral analizado.⁶³²

⁶²⁹ A este respecto, la STS de 24 de febrero de 2015 ó 25 de Septiembre de 2015, en las que apreciada la pérdida de oportunidad por un diagnóstico errado, con gravísimas secuelas para el recién nacido, la indemnización se redujo de 1.500.000€ a 700.000€ (en la primera) y en una tercera parte en la segunda, partiendo de la valoración resultante de baremo.

⁶³⁰ Cuando los tribunales aprecian mala praxis en casos de sufrimiento fetal las indemnizaciones a las que se condena al Servicio de Salud o a su aseguradora, suelen ser, a veces, millonarias por los daños y secuelas que le quedan de por vida al bebé. Unas cuantías que se podrán ver incrementadas con la entrada en vigor del nuevo baremo de tráfico el pasado 1 de enero de 2016, que eleva significativamente las cantidades por daños y perjuicios.

⁶³¹ ASÚA GONZALEZ, C.I. (2008). Págs. 92 y ss.

⁶³² GONZALEZ CARRASCO, M.C. (2009). Pág. 183.

En este sentido, la STS (Sala 3ª), de 3 de Diciembre de 2012 señala que, ante la pérdida de oportunidad, los baremos de tráfico no proceden, pues reflejan indemnizaciones orientativas muy por debajo de lo que debe aplicarse en imprudencias médicas atendidas las circunstancias del caso: *"Sin embargo, ello no determina que, en aplicación de nuestra doctrina antes expuesta debamos reducir en un 75% la cantidad señalada como indemnización por el Tribunal de instancia. Pues, casada la sentencia en este punto, debemos resolver la cuestión de fondo con libertad de criterio, y en tal sentido hemos de poner de manifiesto que el Tribunal de instancia realiza para la valoración del daño una indebida aplicación automática de los criterios de la Resolución de la Dirección General de Seguros de 20 de enero de 2011, porque los baremos aprobados por la Administración para calcular los daños personales derivados de accidentes de tráfico han sido utilizados por la jurisprudencia para valorar esos mismos daños cuando hayan sido producidos dentro del ámbito de la Administración Sanitaria o de otros ámbitos distintos del de la responsabilidad de las compañías aseguradoras de vehículos de motor simplemente con carácter orientativo, sin que esa aplicación excluya la necesidad de valorar todas las circunstancias que concurran en cada caso para lograr la total indemnidad del daño ocasionado. Valoración que sólo se contempla en aquellos baremos atendiendo a criterios generales que son útiles en muchos aspectos, entre otros, el de permitir a las entidades aseguradoras formular previsiones fundadas en criterios de fiabilidad, de modo que puedan calcular las primas exigibles en atención al grado de probabilidad de producción de los diferentes siniestros y a la determinación precisa de la indemnización procedente en cada uno de ellos, pero que no pueden aplicarse sin matices cuando se trata de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, independientemente de que ésta haya asegurado esta circunstancia con alguna sociedad privada y que en el contrato suscrito no se haya puesto límite alguno a la suma asegurada. En el caso planteado en el presente proceso, la suma fijada por el baremo aplicado resulta claramente insuficiente. Se trata del fallecimiento de la esposa y madre de los reclamantes, persona de 50 años de edad con una menor a su cargo, por lo que la suma de 108.846,51€ que el baremo reconoce al cónyuge y 18.141,08€ a la hija no es adecuada para comenzar el cálculo de la indemnización. En casos semejantes esta Sala viene reconociendo cantidades que oscilan entre los 500.000€ y 600.000€, por lo que, reduciendo esta suma en atención al reducido grado de probabilidad de haber evitado el resultado fatal producido si se hubiera efectuado un diagnóstico certero de la enfermedad que condujo al mismo en tiempo oportuno para haberlo combatido, procede reconocer a los recurrentes, que reclaman conjuntamente una cantidad de 300.000€, una suma de 126.987,59€ igual a la reconocida por la sentencia de instancia, que no puede ser superada por impedirlo el principio de la prohibición de "reformatio in peius" y que obedece, además a los criterios de valoración de las circunstancias del caso aplicados normalmente por esta Sala".*

b) La valoración a tanto alzado:

Por lo que respecta al concreto ámbito sanitario que nos ocupa, a la hora de efectuar la valoración de los daños, la jurisprudencia ha declarado que los Jueces y Tribunales de lo contencioso-administrativo no están sujetos a ningún sistema imperativo o tasado, conservando plena libertad para la aplicación del *quantum* indemnizatorio en cada caso concreto.

En estas circunstancias, como hemos aludido, los Tribunales vienen equiparando el daño padecido por pérdida de oportunidad con el daño moral, que al carecer de módulos objetivos conduce a que los juzgadores se amparen en la posibilidad de valorarlo en una cifra razonable que, como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo, dadas las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria.⁶³³ En este sentido, la jurisprudencia se ha decantado por una valoración global⁶³⁴, que derive de una “*apreciación racional aunque no matemática*”⁶³⁵, pues se carece de parámetros objetivos, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes.

Sin embargo, en lo que a la Pérdida de Oportunidad se refiere, no parece muy rigurosa la aplicación que se hace de esta Teoría, al indemnizar con cantidades que aunque son inferiores al daño padecido, no tienen sujeción alguna a criterios de racionalidad, pues parece que se ponderan las probabilidades, pero no se explica de qué forma han repercutido en el alcance de la indemnización, dejando de valorar la ventaja realmente frustrada.

Se recurre, así, en muchos casos, a la valoración a tanto alzado, al igual que se viene haciendo de forma general para el resto de daños morales; aunque con ello, habitualmente, se efectúan pronunciamientos carentes de motivación alguna, generadores de inseguridad, por no dar a conocer cuáles son las razones que llevan a una u otra cuantía indemnizatoria.⁶³⁶ La falta de claridad en los criterios de aplicación de la doctrina ha sido vista como forma de ocultar su empleo en aras de justicia material; lo que distorsionaría el Sistema de Responsabilidad Patrimonial, pues no es

⁶³³ STS de 19 de Julio de 1997.

⁶³⁴ STSS de 20 de octubre de 1987 (RJ 8676), 15 de abril de 1988 (RJ 3072) y 1 de diciembre de 1989 (RJ 8992).

⁶³⁵ STS de 3 de Enero de 1990.

⁶³⁶ Como ejemplo, la SAN Sala Contencioso-Administrativo, sec 1ª, de 24 de Octubre de 2011, en la que la indemnización se fija de forma “razonable” teniendo en cuenta además de los ingresos de los perjudicados, las cuantías que se vienen otorgando en casos similares.

ese su fundamento.⁶³⁷ Son muchas las sentencias dictadas de esta forma, entre las cuales, como ejemplo, podemos citar las siguientes:

- STSJ Madrid 241/2015, de 18 de Marzo de 2015: sobre el fallecimiento tras un retraso diagnóstico de cáncer de ovario. Con especial sustento en el informe pericial judicial de un especialista en radiodiagnóstico, que es relevante para establecer el pronóstico del estadio en el momento del diagnóstico (puesto que de ello dependen las posibilidades de supervivencia); se determina la existencia de un claro y evidente error diagnóstico, al no valorar un signo radiológico evidente (masa de 8x8 cm aprox.), y existir una inadecuada petición de pruebas diagnósticas (no se indicó la necesaria ecografía abdominal). Se concluye que ello dio lugar a un retraso en la aplicación del tratamiento adecuado y a una pérdida de oportunidad con un pronóstico peor, una supervivencia menor y una morbi-mortalidad mayor. La relación causal queda establecida de forma cierta, pero no así la repercusión en la enfermedad, que tenía tratamiento y posibilidades de éxito, si bien en el caso concreto no se sabe hasta qué punto habría resultado exitoso un tratamiento precoz, por lo que se aplica la pérdida de oportunidad, fijando la indemnización a tanto alzado, “prudencialmente” en 120.000€ (los reclamantes habían solicitado 480.000€). De forma que parece haberse concedido por el Tribunal el 25% de la indemnización solicitada, sin explicar de dónde se extrae tal porcentaje o qué razones han llevado a ese cálculo.
- La STSJ Madrid 304/2014, de 14 de Abril de 2014, relativa a la Pérdida de oportunidad por falta de diagnóstico más temprano de infección (sepsis tras olvido de gasa a raíz de una intervención de prótesis de cadera) y omisión de consentimientos. Se fija sin justificar el cálculo en 100.000€ (de la que un 10% es para el cónyuge por la alteración de su vida por los cuidados que necesita la enferma).
- STSJ Madrid 134/2015, de 19 de Febrero de 2015: Sobre un retraso diagnóstico de cáncer de mama por no realizar una mamografía, a raíz de lo cual, por el devenir de la enfermedad y la necesidad de dar quimio y radioterapia (que se podían haber evitado de actuar más precozmente) se ocasiona el deterioro en los órganos vitales, de forma que se pierde la posibilidad de concebir. Existiendo evidencia científica de que las demoras superiores a 6 meses pueden reducir la supervivencia, se desprende una alta probabilidad de relación de causalidad entre el retraso diagnóstico y el avance

⁶³⁷ LUNA YERGA, A. (2005). Pág. 12.

de aquella, y por ende, en el tipo de tratamiento recibido y las secuelas originadas; indemnizándose a la paciente con 50.000€ y a su pareja de hecho por la pérdida de oportunidad de poder concebir con 10.000€.

c) Los precedentes, o la remisión a casos similares

Incluso, en algún caso, para la cuantificación de la pérdida de oportunidad, se hace alusión a los valores predominantes en el mercado, apunte que resulta chocante, pues es evidente que no es valorable en el mercado un daño inmaterial como es éste.⁶³⁸ No obstante, realmente, parece que a lo que se quiere hacer referencia es a la valoración que, de forma usual, se suele dar en supuestos análogos, con la aplicación jurisprudencial del baremo de tráfico.⁶³⁹

4.3.- LA INDEMNIZACIÓN DE LA PROBABILIDAD PERDIDA Y CIERTA: SU CALCULO EN PORCENTAJES Y LA DISCRECIONALIDAD DEL JUZGADOR

Venimos incidiendo en la especial dificultad que entraña el cálculo de la oportunidad que se pierde ante un proceso patológico, y su estimación probabilística razonada; que exige la labor técnica de un perito en la materia; experto ya no tanto en valoración de daño corporal, sino en la especialidad correspondiente a la patología en cuestión (para que sea conocedor de la evolución de la enfermedad, de la incidencia de los posibles tratamientos en la misma, de los tiempos de progresión, etc).⁶⁴⁰ Los cálculos periciales que se suelen realizar en este ámbito acuden a los datos que se extraen de la casuística, a fin de determinar cuál es la oportunidad a cuantificar. Para ello, se hace uso de los siguientes parámetros que se extraen fundamentalmente de las estadísticas publicadas en muchos casos fuera de España, realizando la valoración en relación a las cuantías de las tablas de tráfico, en función de si existe un daño real y si éste es corporal o no:

⁶³⁸ Dictamen núm. 455/11 de 29/7/2011 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid: “*Ponderando las valoraciones predominantes en el mercado (artículo 141.2 LRJ-PAC) y no obstante la dificultad que la valoración de un daño moral entraña, que tiene un innegable componente subjetivo, este Consejo Consultivo considera que procede reconocer una indemnización por todos los conceptos de 6.000 euros*”.

⁶³⁹ Es el caso de la STSJ Valencia 122/2015, de 18 de Diciembre de 2015, relativa al fallecimiento tras el alta que se entiende precipitada después de haber sufrido un accidente de tráfico (sufre una hemorragia cerebral), se indemniza con 30.000€ como daño moral, “*aplicando el criterio seguido en casos similares*”.

⁶⁴⁰ Es frecuente que las reclamaciones vengan sustentadas en la aportación de informes de valoración de daño corporal, que se limitan a tasar las secuelas que sufre el paciente, cuando realmente es esencial que fueran informes de especialistas en la patología a analizar, tanto para acreditar la relación causal como el daño ocasionado, especialmente en casos de pérdida de oportunidad.

- a) Pronóstico (para retrasos diagnósticos/terapéuticos): Aplicando la diferencia entre el porcentaje de supervivencia o curación en el estadio esperable de la enfermedad de haber actuado de otro modo y el estadio real, a fin de obtener el porcentaje de oportunidad de mejor pronóstico que se ha perdido.
- b) Lesiones: Aplicación del porcentaje de curaciones esperables en ausencia de la acción negligente.
- c) Mantenimiento de la salud: Aplicación del porcentaje de la población en la que no habría aparecido la lesión o enfermedad, sobre el valor de la limitación que provoca.
- d) Conocimiento y capacidad de elección (no existe daño físico): Aplicación de la probabilidad de haber conocido a tiempo para elegir (en el caso de malformaciones fetales) o sólo prevenir.
- e) Supervivencia: Mediante la aplicación de un porcentaje a la indemnización por fallecimiento según las tablas de tráfico, se extrae el porcentaje de oportunidad de supervivencia que se ha perdido. El porcentaje considerado para reducir la indemnización total no es en realidad una cifra expresiva de la probabilidad causal de que la actuación diligente o alternativa hubiera evitado el menoscabo, sino el grado de reducción de la esperanza de vida por la patología padecida.⁶⁴¹

No obstante, esta solución resulta verdaderamente controvertida, cuando lo que ha de valorarse es el daño sufrido por un paciente vivo. Primero porque la indemnización contemplada por fallecimiento en el Baremo está prevista para indemnizar a un tercero por los perjuicios que le produce la muerte de otra persona (familiar o allegado), cuando lo que ha de indemnizarse son los daños soportados por la propia persona por la pérdida de expectativas de su vida. Y, por otra parte, porque tal supuesto no viene contemplado en el baremo, y debe tenerse en cuenta, para su fijación, el sufrimiento que esa situación conlleva para el perjudicado, y la afectación en todos los órdenes de la vida (ansiedad ante lo que viene, capacidad de disfrute y placer). El fallecimiento es un hecho incierto en cuanto a su momento, y no parece razonable ni conforme a Derecho que a una persona que reclama por las consecuencias que ha sufrido a causa de una mala praxis médica se le indemnice por su fallecimiento, hecho aún inexistente, por más que estadísticamente se prevea más próximo de lo estadísticamente más probable. Esta problemática queda reflejada, por

⁶⁴¹ Como ejemplo, los Dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha núms. 142/2005, de 5 de Octubre y 34/2006, de 15 de Marzo.

ejemplo, en la SAP Murcia de 30 de septiembre de 2010⁶⁴², o, entre otros, en el Dictamen núm. 345/2013 del Consejo Consultivo de Madrid.⁶⁴³

Para realizar tales cálculos se hace imprescindible acudir a la bioestadística⁶⁴⁴, pues se necesita conocer, con referencia a la fecha de los hechos y en el medio concreto, las tasas de supervivencia según estadíos de tumores y enfermedades, tiempos de crecimiento en el caso de los tumores, estado previo del paciente, eficacia terapéutica o profiláctica de una medicina, sensibilidad diagnóstica de una prueba, etc.⁶⁴⁵ Sin embargo, lo cierto es que estos cálculos se suelen emplear principalmente por las Aseguradoras para la negociación y valoración de las indemnizaciones, haciendo empleo de informes de Valoración del Daño Corporal en este sentido también las Administraciones, como herramienta objetiva que les evita tener que fijar una indemnización a tanto alzado; mientras que en el ámbito judicial no se emplean en muchos casos ni estos informes ni estos cálculos, a no ser que sean aportados por las partes (normalmente reclamantes o aseguradoras de la Administración). Los Tribunales vienen acudiendo al establecimiento de un porcentaje impuesto de forma

⁶⁴² La SAP de Murcia de 30 de Septiembre de 2010 (recurso 425/2010), recoge el problema que se plantea al intentar cuantificar la pérdida de expectativas de supervivencia: *"La pérdida de oportunidad por reducirse un 42% las expectativas de supervivencia ante la falta de detección precoz del cáncer no puede valorarse, como pretende la Dra. Loreto, aplicando ese porcentaje a la indemnización prevista para el caso de muerte, pues en este supuesto el perjudicado es diferente y, por tanto, los daños indemnizables no son los mismos"*.

⁶⁴³ En el caso del Dictamen núm. 345/2013 de 30 de Julio de 2013 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid se entiende que existe un daño cierto consistente en la reducción de expectativas de tratamiento de la reclamante, sin que las operaciones quirúrgicas padecidas y otros daños puedan considerarse efectivos y ciertos, pues el retraso diagnóstico no implica que no se hubiesen producido con un diagnóstico acertado anterior. La propuesta de resolución administrativa que es dictaminada estima la reclamación, cuantificando la indemnización (según informe aportado al expediente), en función de la edad, circunstancias familiares y su situación en el momento del diagnóstico, situando la tasa de supervivencia durante 5 años en un 41,7% cuando, de haberse detectado más tempranamente, se hallaría en un porcentaje de supervivencia de entre el 72,1 y el 73,8%, destacándose que según estas estimaciones la pérdida de oportunidad habría sido de notable relevancia (porcentaje que se aplica sobre la indemnización por fallecimiento recogida en el baremo). Sin embargo, el Consejo entiende que no parece adecuado remitirse a la indemnización por el fallecimiento que el baremo para los familiares, por cuanto el fallecimiento de la reclamante no se ha producido y no procede indemnizarla por este hecho, inexistente al momento de resolver la reclamación que, por añadidura, no se funda en la futura muerte precoz de la reclamante; señalando como preferible para calcular la indemnización acudir a los daños y lesiones efectivamente padecidos por la reclamante y, aplicar las tablas disponibles a título meramente orientativo para efectuar una valoración global, aplicar después una disminución porcentual que en ese caso se considera del 50%. Por analogía, en este caso, se atiende a la valoración de la colostomía que oscila entre 40-50 puntos, situándola en su punto superior por la edad de la víctima, aplicando factor corrección de secuelas permanentes, más los días improductivos (22.291,76€), incrementando dicha cantidad hasta 45.000€ por la esterilidad de la paciente, así como otros daños incluidos los morales (sin precisar cuales).

⁶⁴⁴ Es la denominada por el derecho anglosajón Doctrina de la Probabilidad Estadística (*more probable than not*) según la cual, cuando es difícil determinar en países anglosajones cual ha sido la causa del daño (si el acto médico o la propia patología de base), hay que acudir a la estadística, de forma que, si la probabilidad estadística de que el daño haya sido ocasionado por el acto médico es sustancial, sí puede afirmarse que existe nexo causal entre el acto médico y el daño.

⁶⁴⁵ STSJ Murcia 850/15, de 9 de Octubre de 2015, se indemniza como pérdida de oportunidad en fallecimiento aplicando un 40% de la indemnización por baremo. Porcentaje que se extrae del informe pericial aportado al expediente. O la STSJ Castilla y León 741/2015, de 4 de Mayo de 2015, en la que se aplica un porcentaje de 20% por pérdida de oportunidad en un retraso diagnóstico en un infarto de miocardio.

discrecional, o bien a una cuantía a tanto alzado o una estimación parcial de la indemnización reclamada sin argumento alguno que motive tal cuantificación (lo que parece conducir al concepto de daños morales que comporta en su individualización un alto componente subjetivo, y que, como hemos dicho, carece de sistema alguno de tasación y de módulos objetivos según la doctrina jurisprudencial)⁶⁴⁶.

En algunos casos, en los que se pone en evidencia una actuación (normalmente omisión) contraria a *Lex Artis*, pero se desconoce en qué medida pudo haber evitado el desenlace o agravamiento de la enfermedad padecida, sin que pueda determinarse de forma objetiva el valor de la oportunidad frustrada por ser médicamente imposible, se ha ofrecido reducir la indemnización al 50%, como solución intermedia entre el todo o nada: caso del Dictamen Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 529/11, de 28 de Septiembre de 2011 (retraso diagnóstico y en abordar un mieloma, que termina con la amputación del brazo de la paciente).

Lo cierto es que si bien los Tribunales gozan de la potestad de fijar las indemnizaciones de forma arbitral, que no arbitraria, es innegable que, en cualquier caso, deberían proceder a la ponderación de las circunstancias concurrentes en el supuesto que se enjuicia, realizando una valoración individualizada caso por caso, en los términos configurados por el Tribunal Supremo “(...) *sobre la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, (...) valorando el daño causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad que de dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso y el grado entidad o alcance del mismo*”.⁶⁴⁷ De ello se desprende con claridad, que no se puede aplicar en todo caso el baremo de forma taxativa, ni con módulos objetivos, ya que en definitiva lo que se debe valorar conforme la doctrina jurisprudencial citada, es el grado de probabilidad de un resultado distinto, cuestión que no puede estar sometida a parámetros de resultado, configurados *ad hoc*.

Se trata, pues, de que el juzgador realice una valoración con base en los informes médicos incorporados a las actuaciones. En este sentido, el TS ha señalado que el porcentaje de pérdida de oportunidad que fija el juzgador no resulta caprichoso o

⁶⁴⁶ Por todas, cabe citar: STS 23 de Marzo de 2011, STS 9 de Junio de 2009, STS 20 de Febrero de 2012, STS 20 de Septiembre de 2010, STS 7 de Octubre de 2011, STS 11 de Junio de 2012 y STS 19 de Junio de 2012.

⁶⁴⁷ STS 23 de Marzo de 2011 y STS 20 de Febrero de 2012.

arbitrario cuando se funda en la convicción adquirida tras la valoración de los informes médicos de que disponía, dejando constancia en la resolución o sentencia.

Por otro lado, la información acerca de las posibilidades reales de curación constituye elemento sustancial en la doctrina de la Pérdida de Oportunidad, pues se trata de valorar la privación de expectativas reales y posibles según el estado de la ciencia en cada momento, lo que conlleva que la suma deba atemperarse a su existencia o no, siendo contraria a la doctrina del Tribunal Supremo la afirmación de que las difíciles posibilidades de curación no afecten a la cuantificación.⁶⁴⁸

Finalmente, es importante recalcar que la pérdida de oportunidad es considerada por los Tribunales como una cuestión jurídica y no de hecho⁶⁴⁹, relativa a la interpretación y aplicación de las normas y de la jurisprudencia; entendiendo el TS que es recurrible en casación en cuanto a la aplicación de porcentajes que, en aplicación de esta figura, modulan la indemnización.

Así, por ejemplo, la STS (Sala 3ª) de 27 de Noviembre de 2012, que resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia en la que se estima una indemnización de 314.267,30€ por pérdida de oportunidad, al no haber sido adecuada la asistencia sanitaria prestada durante su embarazo (que provocó el parto prematuro y una hemorragia intraventricular en el recién nacido de la que ha resultado parálisis cerebral, epilepsia, tetraparesia y otras secuelas). Se recurre por entender que ha existido una errónea valoración del daño, al no haberse respetado los necesarios criterios de razonabilidad y ponderación, concediéndose unas cantidades a todas luces insuficientes, además de una valoración de la prueba ilógica, irracional y arbitraria que le ha llevado a reducir la indemnización que consideraba ajustada a Derecho en un 50%. El TS señala que no siendo vinculante el baremo de tráfico, la aludida aplicación incorrecta del mismo no constituye una infracción de la legalidad y, por consiguiente, no sirve de fundamento para casar la sentencia impugnada, por lo que decae este motivo de recurso, dando por válida la indemnización fijada en la sentencia. Sin embargo, sí se señala que constituye un razonamiento jurídico relativo a la interpretación y aplicación de las normas y de la jurisprudencia aquel que decide reducir al 50% esa indemnización, aplicándose la jurisprudencia formada sobre la pérdida de oportunidad. Por lo que, enjuiciando la misma, concluye que la aplicación de la jurisprudencia a la sentencia de instancia fue totalmente correcta, siendo la decisión de atemperar el

⁶⁴⁸ STS 19 de Junio de 2012 (Rec. Casación 579/2011), y STS 27 de Noviembre de 2012 (Rec. Casación 4981/2011).

⁶⁴⁹ De ahí que su aplicación haya de quedar reservada a los juzgadores y no a los peritos médicos e inspectores sanitarios en la vía administrativa, cuya labor ha de ceñirse a la valoración de la asistencia dispensada en relación a la técnica médica aplicable. PAREDES MARTINEZ, J. P. (2006). Pág. 149 y ss.

importe de la indemnización plenamente adecuada, sin que tampoco pueda considerarse arbitrario el porcentaje escogido del 50%, al resultar del informe pericial aportado, por lo que se desestima el recurso.

4.4.-LA INDEMNIZACIÓN DE LA PERDIDA DE OPORTUNIDAD COMO INCERTIDUMBRE: EL RESARCIMIENTO CON CANTIDADES FIJAS

Junto a la estimación probabilística de la posibilidad perdida que, como hemos advertido, se queda a veces en mera teoría, los Tribunales se vienen haciendo eco de otra forma de valorar los supuestos de pérdida de oportunidad: configurándolo como un daño moral autónomo, por la incertidumbre ante la pérdida de un tratamiento o de una actuación a la que el usuario de la Sanidad Pública tenía derecho y que podía haberle resultado beneficioso, sin valorar su trascendencia en el proceso patológico concreto. Con base en este criterio, se observa incluso la imposición de iguales cantidades que van actualizándose con el paso del tiempo, siendo los siguientes claros ejemplos:

- STSJ Castilla y León 2247/2015, de 8 de Octubre de 2015. Se indemniza según baremo orientativo y teniendo en cuenta el tiempo de retraso (5 meses) con 25.500€.
- La STSJ Aragón 413/2008, de 26 de Junio de 2008, que declara una indemnización de 30.000€ por el daño moral ocasionado por la pérdida de oportunidad, al no haber sido sometida la paciente al tratamiento óptimo en el tiempo oportuno, aun cuando el mismo no garantizase la posibilidad de recuperación y que ciertamente ha de considerarse baja al tratarse de un tumor especialmente agresivo en el estadio en que se manifestó.
- STSJ Asturias de 15 de Noviembre de 2012: reconoce una pérdida de oportunidad de haber diagnosticado y tratado la patología urológica y con ello evitar la pérdida del riñón. Se indemniza el daño moral circunscrito a la pérdida de oportunidad con 20.000€
- STSJ Aragón de 22 de Octubre de 2015: Se indemniza con 10.000€ al hijo del paciente por su fallecimiento, por la pérdida de oportunidad derivada del retraso diagnóstico, ponderándose el alcance en el caso concreto del espacio de tiempo carente de actuación médica encaminada al tratamiento de su patología, junto con el sufrimiento adicional del paciente.
- STSJ Asturias 10 de Marzo de 2014 sobre el retraso diagnóstico de un tumor liposarcoma por omisión de pruebas. Dice atender al grado de probabilidad de

- haber obtenido un resultado más favorable ponderándose la indemnización (sin aplicar, sin embargo) porcentaje alguno en la cantidad de 100.000€.
- STSJ Madrid núm. 271/2015, de 9 de Abril de 2015: sobre un retraso diagnóstico ante un aneurisma. Se determina la existencia de una “mera pérdida de oportunidad” por el retraso diagnóstico; desconociéndose si, de haberse llevado a cabo con más premura un diagnóstico diferenciado, el resultado hubiera sido diverso y no se hubiera perdido agudeza visual. El Tribunal declara una indemnización de 15.000€.
 - STSJ Asturias de 15 de Noviembre de 2012: Se indemniza por pérdida de oportunidad al haber diagnosticado patología previa y evitar la pérdida funcional del riñón, fijando una cantidad de 20.000€ más gastos *“al considerar que ha existido una pérdida de confianza en el sistema público”*.

De la lectura comparada de las sentencias dictadas al respecto, podemos extraer como conclusión: que reciben mayor cuantía indemnizatoria aquellos casos en los que se aprecia mala praxis de los Servicios Sanitarios, teniéndose en consideración también la envergadura de las secuelas; y, por otro lado, que se visualiza un intento de graduar las indemnizaciones en ciertas horquillas en función de tales consideraciones.

4.5.- LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD Y EL FALLECIMIENTO

En los casos de reclamación por muerte de un familiar, con fundamento en la doctrina de la Pérdida de Oportunidad, el Tribunal ha entendido que no ha de indemnizarse la totalidad del daño ocasionado por dicho fallecimiento, por concurrir circunstancias en el paciente que favorecían tal desenlace (gravedad de la patología, edad, antecedentes previos, etc), unido a la incertidumbre sobre si podría haberse evitado, de haber obrado de otro modo. En estos casos, aunque se reclama el daño moral derivado del fallecimiento, se ha indemnizado realmente la incertidumbre de los familiares como daño moral.⁶⁵⁰

⁶⁵⁰ Como ejemplo, cabe citar la STSJ Madrid núm. 397/2015, de 3 de Junio de 2015: Al acudir a Urgencias, a pesar del dolor y la sudoración profusa que presenta el paciente no constan anotados en la historia que se le tomaran las constantes (tensión arterial, pulsos), conduciendo el diagnóstico a una etiología mecánica del dolor. Esto determina la duda de que la orientación diagnóstica hubiera podido ser diferente, y por ende el tratamiento, si se hubiera sospechado que el paciente sufría una patología aórtica aguda, por lo que se indemniza su fallecimiento con la probabilidad de que se hubiese producido un mejor resultado. Concluye que *“lo que ha de indemnizarse no es el fallecimiento del esposo y padre de las actoras como consecuencia de la asistencia médica prestada (lo que no se considera probado), sino el daño moral que comporta la incertidumbre (que nunca se despejará) de no poder saber si, de haberse tomado las constantes, especialmente tensión arterial, así como la exploración de los pulsos, el diagnóstico hubiera podido ser otro, así como el tratamiento aplicable, y en qué medida su expectativa de vida”* (entendida hipotéticamente dada la gravedad de la dolencia padecida). A la vista de ello, considera el Tribunal que el *quantum* ha de ser inferior al que corresponderá si hubiera quedado acreditado que la

Por tanto, y si bien se reclama por los allegados el daño moral derivado del fallecimiento de su familiar, no es éste el daño que se indemniza, sino realmente la frustración de la expectativa de supervivencia, entendiendo el TS⁶⁵¹ que, en estos casos, es a la Administración a quien incumbe probar que, en su caso y con independencia del tratamiento seguido, se hubiese producido el daño finalmente ocasionado por ser de todo punto inevitable.

En este orden de ideas, podemos traer a colación también la STSJ Asturias núm. 769/2015, de 26 de Octubre de 2015, relativa al fallecimiento de la esposa y madre de los reclamantes por retraso diagnóstico y de tratamiento de una colecistitis que termina gangrenándose. Ante la ausencia de acreditación de la incidencia causal en fallecimiento, y ya que en el informe aportado con la demanda se dice que la falta de adopción de medidas eficaces para evitar el agravamiento de su estado impidió que la paciente tuviera la oportunidad de haberse curado, y que la aplicación de tratamientos paliativos ineficaces favoreció el progreso de la enfermedad que desembocó en su fallecimiento; por aplicación del principio de equidad, a falta de otros parámetros concretos, se establece el importe de la indemnización actualizada en la cantidad de 30.000€, de los cuales 20.000€ son para el esposo de la fallecida y 10.000€ para sus tres hijos.⁶⁵²

5.- CONCLUSIONES

1. La doctrina de la pérdida de oportunidad, nacida sustancialmente para solventar problemas de incertidumbre en la relación causal, se presenta en la práctica como una herramienta multifunción para solventar todo tipo de problemas en la configuración de los presupuestos jurídicos de la responsabilidad patrimonial, llegando incluso a su desnaturalización. Considerada como una “anomalía” del Derecho, podemos afirmar que es, hoy

causa del fallecimiento fue el retraso diagnóstico. Para la cuantificación se tiene en cuenta tanto la edad del fallecido, la edad de los recurrentes, así como la minusvalía declarada de la esposa, en el momento del fallecimiento y, ponderadamente, se indemniza a la esposa con 30.000€ y a cada una de sus dos hijas en la cantidad de 10.000€

⁶⁵¹ Así lo expresa la STS de 12 de Marzo de 2007.

⁶⁵² STSJ Asturias 769/2015, de 26 de Octubre de 2015 (relativa al fallecimiento de la madre y esposa de los reclamantes por retraso diagnóstico y tratamiento en una colecistitis). STSJ Castilla y León 2172/2015, de 30 de Septiembre de 2015 (se indemniza la pérdida de oportunidad en función de las escasas probabilidades estimadas de que el curso de los acontecimientos hubiera sido otro de haber sido diagnosticado el tumor de colon, reduciéndose a 3.500€ la cifra que correspondería por baremo 47.931,35€).

en día, el “remedio comodín” para la conformación de la responsabilidad patrimonial sanitaria, lo que explica que estemos ante un verdadero “boom” de la Pérdida de Oportunidad.

2. Ante el abuso que se observa en su uso, se hace necesaria la introducción de criterios delimitadores en la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad; ya que, de lo contrario, se corre el riesgo de generar una espiral de reclamaciones constantes en el ámbito sanitario, pasando de la noción de una obligación de medios a una de resultados, máxime cuando en numerosas ocasiones se emplean parámetros ideales lejanos a la realidad de la práctica clínica diaria.
3. Pese a que lo más equitativo sería valorar la pérdida de oportunidad real, no puede obviarse que la existencia de probabilidades constituye un elemento difícilmente objetivable, lo que deja su constatación en manos del juzgador. Ello supone que, ante supuestos homogéneos, se puedan adoptar soluciones diferentes. Ahora bien, la probabilidad es un elemento inherente a la pérdida de oportunidad, de modo que su aplicación (que permite conceder indemnizaciones que en otro caso no corresponderían), conlleva asumir ese margen de inseguridad.
4. Aun asumiendo ciertos márgenes de incertidumbre que son insalvables, entendemos ha de negarse la indemnización de probabilidades estadísticas muy reducidas; por cuanto la disolución del elemento causal conduce a condenas basadas sólo en el incremento del riesgo de sufrir un daño para el paciente, que se exceden de lo real.
5. En ocasiones, ante una mala praxis, se valora como pérdida de oportunidad el supuesto en que concurre algún evento que atenúa la responsabilidad del causante, cuando realmente lo más propio sería realizar una minoración de la indemnización por tales circunstancias, a modo de causa “atenuante” de responsabilidad, sin tener que hacer un uso pernicioso de la pérdida de oportunidad, cuyo fundamento es otro.
6. La aplicación de la pérdida de oportunidad debería tener carácter subsidiario, reservándose únicamente para cuando existe una incertidumbre causal estricta, irreversible, e intrínseca, y no para paliar cualquier problema que se suscite en el enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial.
7. A pesar de ser criticado, la equivalencia entre pérdida de oportunidad y daño moral se presenta para los Tribunales como la solución más fácil, ya que no sólo permite aprovechar las dispensaciones de prueba de las que goza el daño moral, sino también reducir indemnizaciones fijadas al arbitrio del juzgador.

8. La pérdida de oportunidad constituye verdadero paradigma de la problemática que se observa actualmente con respecto al daño moral sanitario, resultando su uso igualmente desbordado y manido. Al igual que ocurre con el daño moral, se viene empleando como instrumento para flexibilizar los parámetros legales y jurisprudenciales de la responsabilidad, e impartir así una justicia del caso concreto, basada en la sensibilidad social del Tribunal en cuestión.

CAPITULO VI.- EL RESARCIMIENTO DE LA FALTA DE INFORMACIÓN Y LOS DEFECTOS/OMISIÓN DE CONSENTIMIENTO AL FILO DE LOS REQUISITOS DE CERTEZA Y ANTIJURICIDAD: ¿DAÑO MORAL AUTÓNOMO O SANCIÓN ENCUBIERTA?

- 1.- Introducción
- 2.- Orígenes y evolución histórica:
 - 2.1.- Consentimiento voluntario
 - 2.2.- Consentimiento informado
 - 2.3.- Consentimiento válido
 - 2.4.- Consentimiento auténtico
- 3.- El Consentimiento Informado en España: Evolución histórica, normativa y jurisprudencial
- 4.- el deber de informar y el deber de recabar Consentimiento Informado
 - 4.1.- El deber de información
 - 4.2.- El Consentimiento Informado
 - a) Quién es el sujeto del consentimiento
 - b) Requisitos del consentimiento
 - c) ¿Cuál es la información requerida para que el consentimiento sea válido?
 - d) En qué momento debe efectuarse el consentimiento
 - e) Las excepciones
- 5.- La prueba de la información y el consentimiento
- 6.- Consecuencias jurídicas de la falta de información/consentimiento informado
 - 6.1.- Formas de calificar el daño: Teorías existentes
 - 1º) Teoría de la Falta del nexo de causalidad
 - 2º) La aplicación de la Teoría de la imputación objetiva
 - 3º) Teoría del desplazamiento del riesgo
 - 4º) Teoría del daño moral autónomo
 - 5º) Teoría de la Pérdida de Oportunidades
 - 6.2.- Las distintas formas de resarcimiento de la falta defectos del consentimiento informado:
 - 6.2.1.- Posibles supuestos:
 - A) Actuación médica correcta
 - a.- infracción del consentimiento sin lesión física alguna del paciente
 - b.- infracción del consentimiento informado por omitir los riesgos, complicaciones y contraindicaciones de la intervención, que ocurren produciendo lesión física
 - c.- infracción del consentimiento informado al omitir secuelas de la intervención, que se producen ocasionando daño corporal
 - d.- infracción del consentimiento informado al omitir la existencia de alternativas médicas acreditadas con daño corporal
 - e.- Infracción del consentimiento y ocurrencia de riesgo previsible ocasionando lesión corporal
 - f.- Omisión del Consentimiento Informado con lesión física
 - g.- Falta del documento de consentimiento informado en la Historia Clínica
 - B) Actuación médica incorrecta
 - a.- falta de consentimiento informado o información y lesión física
 - 6.2.2.- ¿Quién puede ser indemnizado en materia de información o consentimiento?

6.2.3.- El carácter sancionador de la indemnización por falta de consentimiento: ¿La Reminiscencia de una enmienda no aprobada?
7.- El cálculo de las indemnizaciones por falta de información o consentimiento informado: métodos empleados
8.- Referencia a la información y el Consentimiento en supuestos especiales:
8.1.- Los Partos: el papel del Plan de parto.
8.2.- El Consentimiento Informado en los Ensayos Clínicos.
9.- Conclusiones

1.- INTRODUCCIÓN

La idea moderna de consentimiento informado tiene un origen más jurídico que médico, constituyendo una de las más notables aportaciones que el Derecho ha realizado a la Medicina. No obstante, y aunque es considerado símbolo de un indudable avance en la práctica de la profesión sanitaria y una conquista en lo que al paciente se refiere, lo cierto es que también ha sido percibido como una de las “trabas” que el Derecho ha impuesto al quehacer de los médicos. Sin duda, ello deviene de la doble naturaleza del consentimiento informado que se desdobra en derecho pero también en deber, lo que complica la delimitación de su estatuto jurídico.

El consentimiento informado se compone realmente de dos derechos/deberes con implicaciones de índole jurídica, ética y moral: de información y de consentimiento. Ambos constituyen sendas manifestaciones del derecho de autonomía del paciente o de autodeterminación, que convierte al enfermo en el protagonista de su propia salud y en dueño de las decisiones que afecten a la misma. Son derechos que, por su creciente valor social, han sido sucesivamente alimentados por los Tribunales, evolucionando su importancia hasta encumbrarse en lo más alto del Ordenamiento, donde han llegado a incluirse dentro de la categoría de los derechos humanos. No obstante, esta calificación presenta algunos reparos para autores como DE ÁNGEL YAGÜEZ, que opinan que no era necesario ese reconocimiento para proteger tales derechos, cuando bastaba con la consideración a la que ya se había llegado de que ambos formen parte de la *Lex Artis* y que su incumplimiento conlleve por tanto responsabilidad.⁶⁵³ Entendiendo, además, que dicha declaración puede inducir a error por su vaguedad, al no quedar claro si con ello se pretende incluirlo o no en los

⁶⁵³ Este autor pone de manifiesto “*el riesgo de que a fuerza de tratar de encontrar en ellos un soporte dialéctico para todo, acaso estemos contribuyendo a una cierta caricatura de los derechos humanos*”. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (2002). Págs. 6 y 7.

derechos fundamentales, se ha apuntado sería más apropiado integrarlo como derecho de la personalidad.⁶⁵⁴

Sin embargo, dicha elevación de rango es la postura más recientemente seguida por el Tribunal Constitucional, que insiste en su ubicación dentro del derecho fundamental a la integridad física; explicando que, no sólo constituye un mero derecho subjetivo que vincula negativamente a los Poderes Públicos, sino que además supone para éstos el mandato constitucional de protegerlos, coadyuvando a que su disfrute sea real y efectivo.⁶⁵⁵ Es tal el valor que se da a estos derechos, que aunque la alegación de un mero malestar derivado de una prestación sanitaria tardía o poco respetuosa con los deberes éticos no es, como regla general, suficiente para justificar la existencia de un daño indemnizable; sin embargo se entiende que el daño existe y su indemnización está justificada, cuando se trata de un defecto o falta de consentimiento informado, entendiendo que se lesiona un interés elevado jurisprudencialmente a rango constitucional, como es la autodeterminación en materia de salud.

Es unánime, por tanto, en la doctrina y la jurisprudencia actual la consideración de que la información del paciente integra una de las obligaciones asumidas por el equipo médico y es requisito previo a todo consentimiento, al objeto de que el paciente pueda emitir su conformidad al plan terapéutico de forma efectiva y no viciada por una información sesgada o inexacta. Y ello, puesto que el tenor de la obligación médica comprende no sólo la aplicación de las técnicas o intervenciones adecuadas al caso, según la ciencia médica actual (núcleo principal de su deber prestacional); sino también el deber de suministrar la información necesaria en cada caso, muy a pesar de que no haya sido expresamente pactada. El Consentimiento Informado es hoy, por consiguiente, no sólo un derecho fundamental del paciente, sino también una exigencia ética y legal para el médico.

En la conciencia social actual, información y consentimiento se presentan como dos aspectos esenciales en la prestación sanitaria. No se concibe hoy que alguien se someta a una intervención sin haber firmado previamente el consentimiento y sin haber sido informado ante cualquier proceso asistencial... No obstante, lo cierto es que el Consentimiento Informado tiene una doble implicación para el paciente, pues, por un lado, lo concibe como derecho; pero por otro, entiende que con ello confiere carta blanca a los facultativos de forma que quedarán amparados ante cualquier

⁶⁵⁴ SANCHO GARGALLO, I. (2004). Pág. 5.

⁶⁵⁵ Entre otros, el Auto del TC 333/1997, con cita de la SSTC 25/1981, 53/1985, 129/1989.

resultado nocivo. Sobre este doble papel del consentimiento informado hablaremos en este capítulo, si bien lo que se percibe es que el verdadero problema no es que se firme o no el documento, sino la falta de información satisfactoria. De nada le sirve al paciente que se le presente el consentimiento a la firma, si no le ha dado tiempo a reflexionar sobre la información que contiene, o si no se le ha explicado bien, o si no coincide con la información verbal que le han proporcionado, o si ni tan siquiera ha tenido oportunidad de poder hablar con el facultativo. De hecho, es habitual que la firma de dicho documento sea un trámite del que se ocupa el personal auxiliar o de enfermería, quedando fuera de las funciones de los facultativos responsables de los concretos actos médicos.

Indiscutible ya la relevancia jurídica de este derecho/deber, son contradictorias, sin embargo, las sentencias de nuestros tribunales que enjuician la falta de consentimiento informado e incluso muchas veces contrarias a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que plantea un escenario paradójico y confuso.⁶⁵⁶

En cualquier caso, para llegar a entender el panorama actual de dicha figura, creemos conveniente comenzar por revisar la evolución que ésta ha tenido en la doctrina médica y jurídica desde sus orígenes, lo que nos permitirá comprender mejor su presente e incluso atisbar su futuro.

2.- ORÍGENES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El derecho a la información y al consentimiento surge con el cambio de relación médico-paciente, al pasar del esquema autoritario y vertical (en el que el enfermo, se somete a las indicaciones del médico paternalista que está dotado de unos conocimientos técnicos de los que él no dispone), a otro de tipo horizontal, donde el paciente interviene en la toma de decisiones del proceso terapéutico junto al profesional sanitario.

Puede observarse, incluso, como culturas médicas de tradición tan marcadamente paternalista como la japonesa van evolucionando hacia estos criterios de autonomía del paciente; como así lo expresa la famosa sentencia de la Corte Suprema de Japón de fecha 19 de junio de 1981, que reconoce y elabora, por primera vez, el deber de explicación que corresponde al médico en su relación con el paciente como parte de su cometido profesional. Tras lo cual, la Comisión para el Estudio del Consentimiento

⁶⁵⁶ Diario Médico (2015). Pág. 18.

Informado en Japón, en su informe de 1995, abogó porque este principio del consentimiento informado fuera difundido a través de la cultura y no de sus tribunales y sus leyes, integrándolo así como importante valor social.

La primera sentencia conocida acerca del consentimiento informado tuvo lugar en las Islas Británicas en 1767, con ocasión del caso “Slater versus Baker & Stapleton”. En dicha sentencia, el tribunal condena a unos médicos, por negarse a retirar un vendaje en contra de lo solicitado por la paciente, y por producir una fractura para experimentar con un tratamiento ortopédico; primándose por el tribunal la voluntad manifestada por el paciente por encima de la decisión médica.

A parte de las referencias a la información y al consentimiento que aparecen aisladamente en los siglos XVIII y XIX, es en el siglo XX cuando comienza realmente a perfilarse la autonomía del paciente. La falta de consentimiento se empieza a considerar como una mala praxis; si bien, para ello, ha de estar vinculada al padecimiento de un daño físico que se considera ilegítimo, y que es calificado como “agresión” aunque no haya mediado negligencia.

Uno de los primeros textos que imponía a los médicos la necesidad de obtener el consentimiento previo para los actos de experimentación científica fue, irónicamente, el promulgado en Alemania en 1931, bajo el título “*Directivas concernientes a las terapéuticas nuevas y a la experimentación científica con el hombre*”. En su art. 12, se prohibía la experimentación en los casos en los que no se había obtenido el consentimiento, excluyendo de la experimentación a menores de 18 años y a moribundos, aunque es manifiesta la escasa observancia que tuvo. En la década de los 70, la ausencia o insuficiencia de información generaba una importante actividad contenciosa, ya que dos terceras partes de los procedimientos por responsabilidad médica se referían a casos de este tipo, lo que obligó a prestar una especial atención a estas cuestiones en Alemania, así como en la jurisprudencia francesa y la norteamericana.

En EEUU, una de las primeras resoluciones tuvo lugar en 1905, en el caso “Mohr v. Williams”, en el que un médico es consultado por una paciente por presentar molestias y pérdida auditiva en sus oídos. Si bien, en un principio, el cirujano le indica que le va a operar del oído derecho -obteniendo su consentimiento-, finalmente le interviene del oído izquierdo por encontrar más grave la lesión en éste. La intervención parece exitosa, pero la paciente termina perdiendo oído; razón por la que demanda al médico al haberle intervenido sin su autorización. Aunque el facultativo no fue condenado

penalmente, la Corte Suprema de Minnesota determinó que, sin perjuicio de que no existía dolo por su parte, no podía tolerarse una intervención innecesaria en el cuerpo de la paciente; puesto que no había dado su autorización para operar su oído izquierdo, más aun cuando ella entendió que ese oído estaba bien, ya que el médico nada le había dicho al respecto.

El segundo hito lo marcó en 1906, el caso “Pratt versus David”, cuando el Tribunal Supremo de Illinois acusó de agresión al médico, entendiendo que el consentimiento implícito debe quedar limitado sólo a los supuestos de urgencia vital y a aquellos en que el paciente (en uso de sus facultades intelectivas y volitivas), libre y conscientemente, deja en manos del facultativo la toma de decisiones médicas que pudieran afectarle.⁶⁵⁷

El tercer hito, que viene a confirmar la tendencia expuesta, fue el caso “Rolater v. Strain” (1913). En este caso, una mujer que presentaba infección en su pie, había autorizado a su médico para que en una cirugía le retirara el tejido comprometido con la infección, señalándole expresamente que no quería que le extrajera ningún trozo de hueso. Al finalizar la intervención, la paciente advirtió que el médico no había respetado su decisión, por lo que le demandó alegando que había sobrepasado los límites de la autorización dada. El Tribunal condenó al médico por agresión, considerando que no había respetado los límites de la voluntad de la paciente, al extralimitarse en lo consentido por ella.

Un año más tarde, en 1914, el Tribunal de Nueva York dicta una de las resoluciones más emblemáticas e influyentes, con ocasión del caso “Schloendorff versus Society of New York Hospital”, al examinar un interesante supuesto consistente en la extirpación de un tumor fibroide del abdomen durante una intervención que se proyectaba como meramente diagnóstica (laparotomía exploradora), y en la que el paciente de forma específica había dejado expresado que no quería ser operado. En el fallo, y si bien la sentencia finalmente fue absolutoria por razones procedimentales, el juez Benjamín Cardozo consideró que: *“todo ser humano de edad adulta y juicio sano tiene el derecho a determinar lo que se debe hacer con su propio cuerpo; por lo que un*

⁶⁵⁷ En el caso *Pratt versus David*, la paciente reclamaba que el médico había procedido a efectuar una histerectomía sin haber dado ella antes su consentimiento. La defensa del médico sostenía que todo médico está autorizado para efectuar todo lo que sea necesario y pertinente en las operaciones a sus pacientes, incluso sin contar con la autorización expresa de ellos. La Corte rechazó este argumento, señalando que el “consentimiento implícito” sólo tenía cabida en aquellos casos de emergencia y/o urgencia vital y cuando los pacientes, con conocimiento de causa, consciente y libremente, deciden delegar en la persona del médico toda decisión clínica a fin de salvaguardar su vida y salud.

cirujano que lleva a cabo una intervención sin el consentimiento de su paciente, comete una agresión, por la que se pueden reclamar legalmente daños”. Esta sentencia supone un giro respecto a la jurisprudencia existente hasta entonces, ya que se entiende que no es necesario que exista daño corporal para apreciar lesión en la autonomía del paciente. Es decir, la actuación en contra de la autonomía del paciente genera por sí misma responsabilidad en el médico, como daño inmaterial con independencia de que ello le haya ocasionado un daño físico. Si bien en este caso ya se reconoce la necesidad de que el médico obtenga del paciente su consentimiento voluntario para ser intervenido, debiendo abstenerse de actuar si no lo obtiene, no se exige aún en este momento que haya de informar al enfermo con carácter previo. Esta obligación se instauraría años más tarde, en 1957, con el caso “Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees”.

A raíz de estas resoluciones, se formó en los EEUU un importante y copioso cuerpo jurisprudencial, precursor del alcance de esta problemática que ha tenido repercusión a nivel internacional, y que marcó las diversas etapas que han presidido el desarrollo del consentimiento informado, hasta adquirir las actuales características. En este marco, surge la Bioética como un intento de unir la ciencia y las humanidades, apareciendo distintas Normas Deontológicas y Jurídicas para proteger la aplicación de derechos del paciente como éste. De acuerdo con GALÁN CORTÉS⁶⁵⁸, puede resumirse la evolución del consentimiento informado -que en un principio estaría referido especialmente a los ensayos e investigación médica con personas- de la siguiente forma:

1ª) “Consentimiento voluntario” (1947):

- Como consecuencia de los crímenes del Instituto de Frankfurt para la Higiene Racial y de los campos de concentración de la Alemania Nazi, y a raíz del proceso contra los criminales nazis y en concreto el “Juicio a los Médicos”, en 1947 se elaboró el Código de investigación de Nüremberg que proclama en su párrafo inicial:

“El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Esto significa que la persona afectada deberá tener capacidad legal de prestar su consentimiento, deberá estar situada de tal manera que pueda ejercer su libre elección, sin intervención de ningún elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción, extralimitación u otra forma de obligación o coerción y deberá tener

⁶⁵⁸ GALÁN CORTÉS, J.C. (1999). Pág. 7.

*suficiente conocimiento y comprensión de los elementos de la materia en cuestión para permitirle tomar una decisión razonada e ilustrada”.*⁶⁵⁹

- Otro acontecimiento contemporáneo del Juicio de Nüremberg fue la fundación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945. Desde el mismo comienzo de la ONU, se afirmó la creencia en los derechos humanos y la voluntad de estimular el respeto a los mismos. Por ello, una de las primeras tareas de la Organización fue promulgar una Declaración de Derechos Humanos, que fue aceptada por la Asamblea el 10 de diciembre de 1948.⁶⁶⁰

Aunque ningún artículo de la declaración se refiera directamente a tratamientos o investigación médica, se puede deducir que toda la fuerza de la declaración, centrada en promover el derecho de la persona a determinar su vida y protegerla contra limitaciones en la ejecución de los derechos, tiene también implicaciones en la medicina y en los cuidados de salud.

- La Declaración de Helsinki: La Asociación Médica Mundial, que daría lugar a la Declaración de Helsinki (Finlandia), se constituyó en Londres en 1946 y realizó su primera Asamblea General en París en 1947. En esa asamblea se trataron un conjunto de resoluciones condenatorias de la conducta adoptada por los médicos en Alemania desde 1933. Sin embargo, no fue hasta 1953 en que se discutió la idea de un documento de posición sobre experimentación humana, y así en 1954 la Asociación adoptó en su 8ª Asamblea General la “*Resolución sobre Experimentación Humana: Principios para Aquellos en Experimentación e Investigación*”. En marzo de 1960, la

⁶⁵⁹ El Código de Nüremberg de 1947 es considerado el primer antecedente de relevancia internacional sobre ética de la investigación, y es producto del “Juicio a los médicos”, también llamado el “Caso Médico”, que se inició el 9 de diciembre de 1946 y tuvo su pronunciamiento el 19 de agosto de 1947 con la imposición al día siguiente de la pena de muerte por horca a siete médicos. El veredicto de culpabilidad fue por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, con pruebas documentales de los experimentos médicos que abarcaban desde pruebas de supervivencia bajo situaciones de hambre, congelamiento, infecciones provocadas y exposición a gas mostaza, hasta diversas mutilaciones quirúrgicas y actos de esterilización y eugenesia. El juicio concluyó así con la enumeración de un código de diez puntos sobre ética de la experimentación en humanos, conocido como Código de Nüremberg. Irónicamente, las fuentes del mismo fueron las *Richtlinien* o directivas del Ministerio de Sanidad del Reich alemán, relativas a los nuevos tratamientos médicos y la experimentación científica sobre el hombre, promulgadas en 1931. Estas normativas no tenían comparación alguna en su época y fueron el primer gran código ético sobre ensayos clínicos. Pero, como es manifiesto, ese código nunca se aplicó en los campos de concentración y progresivamente se fue confirmando la tesis de que los médicos nazis no eran víctimas del régimen sino parte activa de su desarrollo. El Código de Nüremberg, sin embargo, abrió una discusión creciente sobre la investigación biomédica y la necesidad de utilizar principios éticos que la regularan, y fue asimismo una expresión clara de la asociación entre la ética médica y los derechos humanos cuya Declaración Universal sería aprobada al año siguiente.

⁶⁶⁰ El párrafo inicial de la declaración afirma: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Están dotados de razón y conciencia y deberán obrar unos con otros en un espíritu de hermandad.*”

revista de la Asociación Médica Mundial publica una amplia sección sobre experimentación humana, y en 1961 el Comité de Ética de la Asociación emite un borrador de un Código de Ética sobre Experimentación Humana que se publica al año siguiente en el *British Medical Journal*. En 1962, este borrador se discute en la reunión de la Asociación en Chicago y finalmente, después de varias discusiones, la versión final se adopta en la 18ª Asamblea realizada en Helsinki en 1964. La Declaración de Helsinki pasó a ser entonces la norma internacional sobre ética de la investigación biomédica, que recogió el espíritu del Código de Nüremberg para perfeccionarlo desde un punto de vista procedimental y sustantivo. A través de sus sucesivas versiones, la Declaración se constituyó en la piedra angular de referencia internacional en ética de la investigación, siendo revisada en 1975 en Japón, en 1983 en Venecia, y en 1989 en Hong Kong. La inclusión en la versión de 1975 de la supervisión de las investigaciones por comités de ética, así como la introducción de resguardos para el uso de placebos en la versión de 1996, y finalmente, las garantías de continuidad de tratamiento en la versión del año 2000, marcarían puntos relevantes de esta norma internacional que tendría un amplio impacto en las normativas de distintos países y en otras normas internacionales tales como las Guías CIOMS-OMS (Guías para la aplicación en los países de desarrollo de los principios del Código de Nüremberg, Declaración de Helsinki e Informe Belmont, elaboradas por el Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas en colaboración con la Organización Mundial de la Salud).

2ª) "Consentimiento informado".

Surge con el ya citado y famoso caso "Salgo vs. Leland Stanford", a finales de los años 50⁶⁶¹. En la sentencia dictada, todo el párrafo relativo al consentimiento informado fue adoptado por el juez Brody a partir del *amicus curiae*⁶⁶² presentado por el *American College of Surgeons* ante el Tribunal de apelaciones de California. La sentencia de Brody en el caso Salgo afirmaba: "*Los médicos violan sus deberes con los pacientes y se exponen a demandas si se ocultan hechos que son necesarios para formar la base de un consentimiento informado inteligente por el paciente respecto al tratamiento propuesto*". De forma que es la primera vez que surge la expresión "consentimiento informado" en el ámbito del derecho y de la medicina; extrayéndose

⁶⁶¹ En este caso se considera que la falta de información de un radiólogo a la paciente acerca de las posibilidades, complicaciones y riesgos secundarios de una artografía equivale a ocultarle hechos necesarios para la formación de un consentimiento razonado en relación con el tratamiento propuesto.

⁶⁶² Expresión latina utilizada para referirse a presentaciones realizadas por terceros ajenos a un litigio, que ofrecen voluntariamente su opinión sobre algún punto de derecho u otro aspecto relacionado, para colaborar con el tribunal en la resolución de la materia objeto del proceso.

del contexto de la sentencia dos principios que siguen manteniendo hoy en día su vigencia: hay que informar adecuadamente y es obligatorio obtener el consentimiento del paciente.

Otras sentencias de casos posteriores (Natanson Vs. Kline en 1960; y Canterbury vs. Spence, en 1972) contribuyeron a precisar los diversos contenidos jurídicos que determinarían la información a proporcionar al paciente. En la primera se establece que para precisar el contenido de la información ha de seguirse el criterio del médico razonable, lo que fue modificado en la segunda, al señalar que son las necesidades del paciente -desde la razonabilidad y la objetividad- las que han de determinar la amplitud de la información a suministrar por el médico. Estos criterios se denominaron “*de la práctica médica habitual, de la persona razonable y subjetiva*”.

3ª) “Consentimiento válido”

El requisito de validez del consentimiento es introducido con el caso “Culver” (1982), señalándose en su sentencia que: “*la obtención del consentimiento informado puede ser formalmente correcta y además se puede valorar adecuadamente la capacidad del paciente, pero el consentimiento otorgado puede no ser válido porque interfieran en la decisión diversos mecanismos psíquicos de defensa*”. Se prima de esta forma la validez de la voluntad, desde el punto de vista de los requisitos de validez del consentimiento para que pueda surtir efectos jurídicos.

4ª) “Consentimiento auténtico”:

Se caracteriza por la búsqueda en el consentimiento de la decisión auténtica del paciente, atendiendo por tal la que se encuentra plenamente de acuerdo con el sistema de valores del individuo. Los criterios para saber cuándo el consentimiento es auténtico son:

- a) *Criterio positivo*: la afirmación explícita por parte del paciente de que su decisión está basada en su propio sistema de valores.
- b) *Criterio negativo*: no hay contradicción con el sistema de valores del individuo aunque éste no haya hecho referencia explícita al mismo.
- c) *Criterio indiferente*: cuando la decisión tomada por el paciente no está en desacuerdo con su sistema de valores.

En 1974, en el marco del Acta Nacional de Investigación, se firma en el parlamento norteamericano una ley que crea la Comisión Nacional para la Protección de los Sujetos Humanos involucrados en la investigación biomédica y del comportamiento.

En 1978, también en EEUU, se publica el conocido Informe Belmont que explica y unifica los principios éticos básicos, indicando las condiciones para la protección de sujetos humanos en la investigación:

- Respeto: Contempla la autonomía y dignidad de los individuos y la necesidad de proteger a los disminuidos o incapaces.
- Beneficencia: Obliga a maximizar beneficios y minimizar riesgos.
- Justicia: Distribución equitativa de los éxitos y beneficios de la investigación.

En 1991 se asegura una política uniforme de protección en todos los departamentos de las agencias federales, que lleven a cabo investigación médica en los EE.UU.

3.- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN ESPAÑA: EVOLUCIÓN HISTÓRICA, NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Con los antecedentes internacionales expuestos, en España la primera normativa reguladora del consentimiento informado la encontramos en el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (aprobado por Orden del Ministerio de Trabajo de 7 de Julio de 1972), en cuyo artículo 148.4 se establece: *“El derecho de los enfermos a autorizar las intervenciones quirúrgicas o actuaciones terapéuticas que implicaren riesgo notorio o previsible”*.

De forma más general, el RD 2082/1978, de 25 de agosto, sobre Garantías de los Usuarios de Hospitales Públicos (que, posteriormente, fue declarado nulo por la Sala 4ª del TS en sus Sentencias de 29 de abril y 10 de diciembre de 1982), en su art. 13c establecía la obligación de que dichos centros públicos cuenten con: *“La previa conformidad y el consentimiento escrito y expreso del enfermo, y en caso de menor de edad o de su imposibilidad, de sus parientes más próximos o de su representante legal, para aplicar medios terapéuticos o realizar intervenciones que entrañen grave riesgo para su vida o de las que necesaria o previsiblemente deriven lesiones o mutaciones permanentes”*.

Sin embargo, el verdadero reconocimiento y la garantía del derecho a la autonomía del paciente tiene lugar con la Constitución Española de 1978, en la que si bien no se

recoge tal derecho expresamente ni incluye referencias al consentimiento informado, se le da cabida en el contenido esencial del derecho a la integridad física y moral (art. 15 de la C.E.)⁶⁶³

Más tarde, en el contexto del Plan de Humanización de la asistencia hospitalaria, y la Carta de Derechos y Deberes de los pacientes del INSALUD, en los años 80, el primer desarrollo normativo relevante que reconoce la autonomía decisoria a través del consentimiento informado (que desarrolla el mandato constitucional), es la Ley 14/1986, General de Sanidad. Se empieza entonces a hablar del derecho de información del paciente (expresión que utiliza el art. 10.5 de la Ley); es decir se configura como un DERECHO del paciente/DEBER del médico⁶⁶⁴, si bien el TC lo trata no como un derecho, sino como una garantía. Ello supone que el paciente, por el mero hecho de serlo y acudir a la asistencia médica, no pierde su dignidad ni los derechos que le son inherentes, lo que es propio de una etapa avanzada de la configuración de sus relaciones con los médicos.

Por su parte, también el Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de 1999 integra una serie de artículos en los que se refleja el deber del médico de respetar las decisiones del paciente.⁶⁶⁵

Posteriormente, leyes específicas sobre determinadas materias empiezan a poner de relieve la importancia del Consentimiento Informado y su relación con la información⁶⁶⁶, incidiendo en la importancia de la comprensión en la información en distintos ámbitos.

⁶⁶³ Así se recoge en la importante STC 37/2011, de 28 de marzo.

⁶⁶⁴ El art. 10 de la LGS expresa que toda persona tiene derecho, con respecto a las distintas Administraciones Públicas Sanitarias “a que se le dé en términos comprensibles a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento” (apartado 5), “a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su casa, siendo preciso el previo Consentimiento Informado del usuario para la realización de cualquier intervención” (apartado 6), excepto “cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas” y a que “quede constancia por escrito de todo su proceso” (apartado 11).

⁶⁶⁵ Tal regulación se encuentra en el Capítulo III relativo a las relaciones médico-paciente. La Organización Médica Colegial de España promulgó su primer Código de Ética y Deontología Médica en 1978 al amparo de la Constitución de 1976, que establece el reconocimiento y la necesidad de regular los colegios profesionales y el ejercicio de los profesionales titulados. Dicho Código fue actualizado en 1990 y 1999, siendo el de 2011 el primer código de deontología médica del siglo XXI. Tal y como manifiesta el propio Código de 2011 “sirve para confirmar el compromiso de la profesión médica con la sociedad a la que presta su servicio, incluyendo el avance de los conocimientos científico-técnicos y el desarrollo de nuevos derechos y responsabilidades de médicos y pacientes. Las pautas contenidas en él deben distinguirse de las imposiciones descritas en las leyes”.

⁶⁶⁶ Ley de 1979 sobre trasplantes de órganos, RD de 1986 sobre interrupción voluntaria del embarazo, Ley de 1988 sustituida por otra de 2006 sobre técnicas de reproducción asistida;

Especialmente importante, por constituir la primera norma internacional vinculante en la materia, es el conocido como “Convenio de Oviedo”, para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Biomedicina, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de Noviembre de 1996 y firmado por España el 4 de Abril de 1997 en el Hotel de la Reconquista de Oviedo (en vigor a partir del 1 de Enero de 2000). A este respecto, GALÁN CORTES, señala que *“este Convenio se ha considerado equiparable, en importancia y rango, a la Declaración Universal de Derechos Humanos, constituyendo una aportación primordial a la regulación de las actuaciones en los complejos campos de la Medicina y la Biología, al establecer un catálogo de principios ético-legales armonizadores de las aplicaciones científico-técnicas de aquellas disciplinas con la dignidad humana y los derechos y libertades de ella dimanados”*.⁶⁶⁷ Este instrumento constituye la primera norma de ámbito internacional, en la que se establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad en el campo de la biología y la medicina, fijándose una serie de principios que establecen la necesidad y la utilidad de la información previa al consentimiento, y crean una conexión entre la exigencia del consentimiento y la protección de la dignidad de la persona y de la vida e integridad física y moral que dispensa la Constitución en sus arts. 10 y 15 respectivamente. El Tribunal de Estrasburgo (el Tribunal de Protección de los derechos humanos que aplica el Convenio de Roma, el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos), lo había relacionado, buscando dentro del convenio, con el derecho a la integridad física. Y así viene recogido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que fue incorporada a los tratados de la Unión mediante el Tratado de Lisboa, formando hoy parte del acervo comunitario, en el cual se considera el derecho al Consentimiento Informado como derecho fundamental en el ámbito europeo.

Derivada de la ratificación del antedicho Convenio de Oviedo, y completando las previsiones de la Ley General de Sanidad, la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, básica en esta materia, regula en su capítulo IV bajo la rúbrica *“el respeto a la autonomía del paciente”* el Consentimiento Informado además de las instrucciones previas⁶⁶⁸.

⁶⁶⁷ GALÁN CORTÉS, J.C. (2001). Pág. 65.

⁶⁶⁸ Recogidas en el art. 11 de la LAP, se contemplan como un documento en el que la persona, mayor de edad, con capacidad suficiente y en libertad, manifiesta anticipadamente su voluntad sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o sobre el destino de su cuerpo o sus órganos (en caso de fallecimiento), para el supuesto en que llegue a circunstancias en las que no sea capaz de expresarla personalmente. El procedimiento para garantizar su adecuado cumplimiento se deja en manos de cada Servicio Autonómico

Sin embargo, lo cierto es que en este tema, como ya ocurre en otros muchos, no es el Estado el que toma la iniciativa, sino las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias transferidas, las que dan los primeros pasos en la regulación de normativa, elaborando el Estado *a posteriori* una Ley Básica que no excluye las normas autonómicas en la materia. De este modo, esta cuestión en España ha venido determinada por su desarrollo en el ámbito de las Comunidades Autónomas.⁶⁶⁹

Hasta la entrada en vigor de la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente, para determinar la existencia o no de responsabilidad en un acto médico, se atendía a los elementos relativos a la corrección de la asistencia sanitaria (adecuación a la *lex artis*); sin embargo, tras la promulgación de la citada Ley, se plantea la circunstancia de si lo fundamental no es ya la corrección de la asistencia, sino además el suministro de información adecuada y suficiente al paciente así como su consentimiento. Como señala GUERRERO ZAPLANA⁶⁷⁰, hay que tomar en consideración al valorar esta cuestión que el concepto moderno del criterio de normalidad que representa la *Lex*

de Salud, previéndose la constitución del Registro Nacional de Instrucciones Previas a fin de asegurar su eficacia en todo el territorio nacional. El Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro Nacional de Instrucciones Previas (RNIP) y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal recoge, la creación del Registro, su adscripción al Ministerio de Sanidad y Consumo (hoy Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad), su objeto y finalidad, el procedimiento registral y de acceso y el mandato de creación del correspondiente fichero automatizado. Este fichero fue regulado mediante la Orden SCO/2823/2007, de 14 de septiembre.

⁶⁶⁹ **Andalucía:** Ley 2/1998 de 15 de junio de Salud (el consentimiento informado se incluye en el art. 6); **Aragón:** Ley 6/2002, de 15 de Abril de Salud (referido en su art. 4 al consentimiento informado); **Principado de Asturias:** Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias (en su art. 49 se regula los Derechos de los Ciudadanos); **Islas Baleares:** Ley 5/2003 de 4 de Abril de Salud regulado el consentimiento en su art. 12); **Canarias:** Decreto 178/2005 de Sanidad (se regula el CI en su art. 11), y Orden de 28 de Febrero de 2005 sobre Asistencia sanitaria (sobre derechos y deberes de los pacientes); **Cantabria:** Ley 7/2002, de 10 de Diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria (dedica los arts. 30 al 33 al Consentimiento Informado), Orden SAN/28/2009, de 8 de septiembre, que aprueba la carta de Derechos y Deberes de los usuarios del Servicio Cántabro de Salud, Decreto 23/2007, de 1 de Marzo de Sanidad sobre derechos de la madre, el padre y el recién nacido en relación con el nacimiento en el ámbito sanitario; **Castilla-La Mancha:** Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud (regula el CI en sus arts. 16 a 23); **Castilla-León:** Ley 8/2003, de 8 de Abril de Salud (en cuyo Título IV regula la protección de los derechos relativos a la autonomía de la decisión) y Decreto 101/2005, de 22 de Diciembre, que regula la historia clínica incluyendo el documento de consentimiento informado; **Cataluña:** Ley 21/2000, de 29 de Diciembre de derechos de información concernientes a la salud, a la autonomía del paciente y a la documentación clínica; **Extremadura:** Ley 10/2001, de 28 de junio de Salud de Extremadura (en su art. 11 establece el derecho de los ciudadanos a que se les dé en términos comprensibles, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso) y Ley 3/2005 de 8 de Julio, de información sanitaria y autonomía del paciente; **Galicia:** Ley 3/2001, de 28 de Mayo, reguladora del consentimiento informado y la historia clínica de los pacientes, modificada por Ley 3/2005, de 7 de Marzo, y Decreto 247/2002, de 18 de Julio, determina la constitución, composición y funciones de la Comisión de Consentimiento Informado; **Madrid:** Ley 12/2001, de 21 de Diciembre de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid; **Murcia:** Ley 3/2009, de 11 de Mayo, derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia; **Navarra:** Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra, y Orden Foral 152/1996, de 18 de Julio, por la que se crea el Comité de Expertos del Consentimiento Informado; **País Vasco:** Ley 8/1997, de 26 de junio de Ordenación Sanitaria; **La Rioja:** Ley 2/2002, de 17 de Abril de Salud; **Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla:** En el ámbito del INGESA se garantizan los derechos establecidos en la Ley 41/2002.

⁶⁷⁰ GUERRERO ZAPLANA, J. (2004). Pág. 179.

Artis obliga a valorar dentro del mismo, no sólo lo relativo a la técnica médica, sino también lo relativo a la exigencia de información y del consentimiento previo del paciente, revelándose su incumplimiento como la manifestación de un funcionamiento anormal⁶⁷¹. De suerte que el defecto del Consentimiento Informado es considerado por la jurisprudencia como un incumplimiento de la *lex artis*, en cuanto constituye una manifestación de funcionamiento anormal del Servicio Sanitario (por tanto, un supuesto de antijuricidad). Así pues, información y *lex artis* son elementos que se encuentran cada vez más cercanos y que exigen una valoración conjunta.⁶⁷² No obstante, como analizaremos más adelante, no de todo defecto de información o de consentimiento se deriva responsabilidad, siendo necesario -como en otros supuestos de hechos lesivos- que ello haya ocasionado un daño jurídicamente relevante.⁶⁷³

Durante estos más de 10 años desde la aprobación de la Ley de la Autonomía del Paciente, hemos comprobado cómo han proliferado las reclamaciones sustentadas en problemas derivados de la información y el consentimiento informado. De hecho, hoy en día, es sin duda una de las causas que más incidencia tienen en las reclamaciones⁶⁷⁴; y muy numerosas las sentencias que salvaguardan estos derechos del paciente, poniendo de manifiesto la gran sensibilización que los Tribunales tienen en este momento hacia tales derechos⁶⁷⁵. Se observa, incluso, como los letrados - como práctica que se ha convertido en habitual- añaden a sus reclamaciones eventuales defectos de información o consentimiento, aprovechando que con dicha alegación recae con mayor facilidad la carga de la prueba sobre la Administración, que tiene que justificar que se dio esa información o se obtuvo el necesario consentimiento. La justificación teórica que ha permitido esta eclosión indemnizatoria

⁶⁷¹ La STS (Sala 3ª) de 26 de Mayo de 2015 sintetiza la jurisprudencia sobre esta cuestión en los siguientes términos: “Sobre la falta o ausencia del consentimiento informado, este Tribunal ha tenido ocasión de recordar con reiteración que <<tal vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la *lex artis ad hoc*, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones vitales que se le presentan>>”.

⁶⁷² En este sentido, la STS (Sala 3ª) de 13 de Noviembre de 2012 afirma: “Sobre la falta o ausencia del consentimiento informado, este Tribunal ha tenido ocasión de recordar recientemente que tal vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la *lex artis ad hoc*, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria”.

⁶⁷³ STS de 4 de Diciembre de 2009.

⁶⁷⁴ HUERTA GARICANO, I. (2012). Pág. 151. Tal y como pone de manifiesto el Presidente de la Sociedad Española de Valoración de Daño Corporal, Eugenio Laborda, casi un 75% de las reclamaciones por asistencia sanitaria se basan en defectos de información. DIARIO MEDICO (2015) Pág. 18.

⁶⁷⁵ DIARIO MÉDICO (2015, 28 Septiembre a 4 de Octubre). Págs. 18 y 19.

derivada del incumplimiento de deberes profesionales, sin necesidad de prueba del perjuicio moral padecido, está en la creciente relevancia que, de forma generalizada, se está otorgando por la jurisdicción al derecho a la información asistencial.

Tanto es así, que, del análisis de la jurisprudencia civil y contencioso-administrativo sobre responsabilidad por asistencia sanitaria, podemos concluir que el requisito de la prueba misma y de la valoración del daño se relaja, tendiendo a la concesión de indemnizaciones desde la equidad, en los casos en que se ha producido una falta de información sanitaria que ha imposibilitado la prestación de un consentimiento verdadero. Y aún es más, pues se pone de manifiesto que en muchos casos el mero incumplimiento del deber de información sirve como único criterio de imputación de daños, aunque no se haya podido establecer el nexo causal ni la imputación objetiva entre la falta de información y el daño. De manera que los Tribunales invocan la vulneración de la autonomía de la voluntad para justificar condenas por mala praxis, en supuestos en los que no ha podido ser acreditada la infracción de la *lex artis* en la intervención o tratamiento realizado.⁶⁷⁶

4.- EL DEBER DE INFORMAR Y EL DEBER DE RECABAR CONSENTIMIENTO INFORMADO

El Consentimiento y la información son realmente dos instituciones distintas, que no tienen por qué ser coincidentes, y que, sin embargo, suelen ser tratadas de forma conjunta, lo que ha condicionado el estudio de esta materia.⁶⁷⁷ No obstante, y aunque estén tan relacionadas, resulta conveniente realizar un análisis separado de las mismas:

4.1.- EL DEBER DE INFORMACION:

Alrededor del año 1995, la jurisprudencia empieza a decir que el deber de información del médico forma parte de la *Lex Artis ad Hoc* (deber del médico y consiguiente derecho del paciente que tiene como finalidad que pueda adoptar sus propias decisiones), y así se establece, como hemos visto, en la Ley Gral. de Sanidad y Ley de Autonomía del Paciente. Como derecho del paciente, la jurisprudencia lo relaciona con la dignidad de la persona que recoge el art. 10 de la CE (se proclama en relación

⁶⁷⁶ GUERRERO ZAPLANA, J. (2004). Págs. 35 y 204.

⁶⁷⁷ La STS de 7 de Junio de 2002 hace hincapié precisamente en esa distinción, apuntando las diferencias entre “*deber de informar*” y “*consentimiento informado*”.

a la dignidad de la persona, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad, con las limitaciones dentro de las excepciones de tal derecho).

En cuanto al contenido de la información, aunque la Ley de Autonomía del Paciente circunscribe su regulación a las intervenciones, al señalar en su art. 4.1 que comprende como mínimo la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias; sin embargo, la propia Ley (al igual que otras autonómicas), establece que el paciente tiene derecho a obtener toda la información obtenida sobre su propia salud en cualquier proceso asistencial. Cuando se trata de obtener un consentimiento, entonces la Ley intenta ser más precisa, señalando que el médico responsable deberá ponderar, en cada caso, que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención, más necesario resulta el previo consentimiento, y por lo tanto la información ha de ser más detallada. Por su parte, la jurisprudencia señala al respecto que “hay que ponderar” la información que ha de suministrarse; extrayéndose de ella que han de incluirse los riesgos típicos y los atípicos, pero no todos, sino los que puedan tener relación con las especiales circunstancias del paciente, así como los riesgos extraordinarios pero que son muy graves, y las alternativas de tratamiento.⁶⁷⁸ Esta exigencia se vuelve mayor con respecto a los actos de la llamada medicina “satisfactiva” o voluntaria (cirugía plástica, vasectomía o esterilización), en los que la actuación médica no viene acompañada de una patología previa a curar; pues aquí la información debe ser más completa, ya que el paciente ha de ser plenamente consciente de los riesgos y consecuencias que asume ante una intervención que no es necesaria.⁶⁷⁹

Por otro lado, el contenido de la información, al igual que el resto de actos médicos, va a venir modulado por el estado de los conocimientos, pues, lógicamente, conocimiento e información han de ir unidos; determinando por tanto el estado de la ciencia, también aquí, la antijuricidad de la *lex artis* en su vertiente informativa.⁶⁸⁰ A este respecto, el TS ha señalado que la información necesaria para que el paciente pueda llegar a la adopción de una libre decisión no comprende “*aquello que no es conocido o carece de*

⁶⁷⁸ En este sentido, el Presidente de la Sala de lo Civil del TS, MARÍN CASTÁN ha señalado que entre los riesgos de los que debería informarse al paciente, habría que incluir “el mero sufrimiento” y que además habría que “ordenar los riesgos atendiendo a su gravedad y por el porcentaje en que se produzcan en una sabia combinación de los elementos” DIARIO MEDICO (2015). Pág. 19.

⁶⁷⁹ La jurisprudencia más reciente acentúa el deber de información cuando se trata de medicina satisfactiva, al llevar implícito un componente de mayor voluntariedad que la curativa (STS Sala 1ª de 21 Octubre de 2005; STS Sala 1ª de 23 de Mayo de 2007).

⁶⁸⁰ La Jurisprudencia de la Sala 3ª del TS viene reiteradamente afirmando (a título de ejemplo, la S. de 14 de Octubre de 2002) que el daño no es antijurídico cuando se ha hecho un correcto empleo de la *lex artis* “que comprende todos los datos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica o técnica en su conjunto, teniendo en cuenta las posibilidades concretas de circulación de la información”. HUERTA GARICANO, I. (2012). Pág. 154.

consenso por la ciencia”, añadiendo que el deber de información no ampara la exigencia de la información de los riesgos no normales, no previsibles de acuerdo con la literatura médica.⁶⁸¹ Junto a ello, se ha puesto de relieve que, además del análisis jurídico, resulta imprescindible la visión del médico para poder entender su significado y sus consecuencias prácticas⁶⁸², pues es él quien habría de medir que información resulta necesaria prestar, y en qué términos, sopesando las circunstancias personales del paciente en relación al acto médico.

En cuanto a la forma, los Tribunales vienen explicando que, como regla general, ha de proporcionarse al paciente de forma verbal, dejando constancia de la misma en la historia clínica (que en este aspecto goza de un valor probatorio); debe ser exhaustiva, suficiente, veraz y correcta y suministrarse de forma clara y comprensible, pues sólo si reúne estos caracteres puede garantizar la autonomía de la voluntad y ser apta para recabar el correspondiente consentimiento.⁶⁸³ Sin embargo, lo cierto es que no deja de ser una utopía la información así descrita, pues ya sea por presión asistencial, por las distintas personalidades de los profesionales –que evidentemente no tienen iguales habilidades sociales y comunicativas- o por otras circunstancias, lo cierto es que puede comprobarse que es la falta de información la que motiva en numerosos casos que los pacientes o sus familiares se decidan a reclamar ante la Administración. Y es que llega a pesar más en estos supuestos la sensación que tiene el paciente o sus allegados de descuido personal por la falta de explicaciones o de información clara sobre su proceso, que la práctica médica realizada..., lo que nos lleva a concluir que un gran número de reclamaciones podrían ser evitadas de haber prestado los profesionales más dedicación y atención a la información que se facilita.

Como excepción al cumplimiento de este deber de informar, son dos las situaciones tasadas que eximen de su cumplimiento y que por tanto no conllevan responsabilidad alguna de la Administración:

- La renuncia documentada del paciente a ser informado (lo que no excluye la obligación de obtener su consentimiento).
- Las situaciones de urgencias, en las que prima la urgencia vital ante el derecho del paciente, por cuanto cualquier demora podría ocasionar una grave consecuencia para la salud del enfermo. Sobre esta excepción volveremos más adelante para explicar sus matices.

⁶⁸¹ Así lo expresa la STS (Sala 3ª), de 9 de Octubre de 2012.

⁶⁸² ATAEZ LOPEZ, J. (1985). Págs. 80 y 81.

⁶⁸³ Entre otras, STS Sala 1ª 27 de Abril de 2001 y S. Sala 3ª de 4 de abril de 2000.

4.2.- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO:

Conforme a la Ley Básica de Autonomía del Paciente, en su art. 3, se define el Consentimiento Informado como: *“la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecte a su salud”*.

El TS, a través de su Sala 1ª, califica el Consentimiento Informado como un *“bien moral susceptible de ser resarcible”*⁶⁸⁴, haciendo hincapié en que ello no debe suponer un mero formalismo, y en el peligro de que se convierta en un mero trámite burocrático, perdiendo su verdadera relevancia jurídica.⁶⁸⁵

Y ello, por entender que, de acuerdo con la Constitución constituye una exaltación de la dignidad de la persona y la libertad, entendiendo que forma parte del *“derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y es consecuencia de la auto disposición sobre el propio cuerpo”*, y que además *“es consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia”*.⁶⁸⁶

Por su parte, el TC en la importantísima STC 37/2011, de 28 de marzo al elevar igualmente el derecho al consentimiento informado a la categoría de auténtico derecho fundamental, otorgándole una protección cualificada, ha puesto de relieve los siguientes aspectos, que vienen a garantizar su cumplimiento:

⁶⁸⁴ STS (Sala 1ª) de 4 de Diciembre de 2009.

⁶⁸⁵ Es el caso que recoge la STSJ Madrid 723/2015, de 5 de Noviembre de 2015, relativa a un paciente al que se le realiza una intervención de cataratas. Si bien no existe infracción de la *lex artis*, no consta qué concreto facultativo se ha responsabilizado de suministrar información sobre la intervención ni cuando se hizo, por lo que se entiende que la información adecuada sobre la intervención quirúrgica no se le facilitó por ningún médico y que se redujo a la entrega del citado documento de consentimiento informado instantes antes de la intervención quirúrgica. Al respecto, el Tribunal señala: *“Procedimiento éste al que, obviamente, no puede quedar reducido el claro y nítido régimen de derechos y deberes que, en relación al consentimiento informado, se contiene en la LAP. Lo que pretende tal régimen no es el simple cumplimiento de una formalidad burocrática más o menos exigente. Como resulta de la doctrina constitucional lo que pretende la información previa, en cambio, es garantizar la efectividad del derecho a la autonomía del paciente”*. Considerando que en este caso este derecho no ha quedado salvaguardado, curiosamente, se indemniza como *“pretium doloris”* equiparándolo al concepto de daño moral con 18.000€ por razón de analogía con supuestos similares enjuiciados por la misma Sala y Sección (por ejemplo STSJ Madrid de 17 de Septiembre de 2015).

⁶⁸⁶ En este sentido, la STS (Sala 1ª) de 12 de Enero de 2001: *“Ciertamente que la iluminación y el esclarecimiento, a través de la información del médico, para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución Española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su art. 10.1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupan el art. 1.1, reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, en el art. 9.2, en el 10.1...”*.

- Las excepciones al deber de prestar consentimiento son tasadas, por lo que no cabe conjeturar o presumir hechos que puedan eximir del cumplimiento de tal obligación.
- No basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que ha de estar muy cualificado, por tratarse de un riesgo inmediato y de gravedad.
- Las resoluciones judiciales que inciden en el contenido de un derecho fundamental sustantivo como éste requieren un deber de motivación reforzada. De este aspecto, por su relevancia, hablaremos en el último capítulo.

a) ¿Quién es el sujeto del Consentimiento Informado?

Con carácter general, el consentimiento debe ser prestado por el paciente como titular del derecho a decidir, siempre y cuando tenga capacidad natural suficiente, en atención a si está en condiciones de determinarse libremente sobre algo que le afecta a su vida, como es una intervención quirúrgica o un acto invasivo. No se trata por tanto del concepto civil de capacidad (que exige mayoría de edad y ausencia de incapacitación), sino de aptitud mental, intelectual y emocional. En todo caso, corresponderá al médico valorar si tiene capacidad o no el paciente, pudiendo solicitar ayuda a otros especialistas (psiquiatras o psicólogos) o a los Comités Asistenciales Éticos de los centros, y se deberá dejar constancia motivada y expresiva de la misma. La LAP recoge dicha capacidad, por exclusión, en el art. 9.3, señalando que el enfermo no podrá prestar consentimiento, cuando por causa de su estado psíquico o físico no sea factible que lo haga (apartado a del art. 9.3), o bien cuando se trate de un menor de edad que no es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender la intervención (apartado c).

Con respecto al paciente menor, con la reforma realizada por la Ley 26/2015, de 28 de Julio, "*de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*", en el art. 9 de la Ley 41/2002, se establece un doble criterio a la hora de fijar la capacidad para prestar consentimiento: el de la edad y el de la madurez. Se reconoce expresamente que, con independencia de la gravedad o alcance de la intervención, el menor de 16 años puede ser inmaduro para valorar el alcance de la intervención, a juicio del facultativo. Ello significa que, si a juicio del facultativo el menor de cualquier edad no es capaz emocional ni intelectualmente de comprender el alcance de la

intervención, deberá prestarse el consentimiento por representación. La citada Ley introduce, además, la necesidad de obtener el consentimiento de los padres en las “actuaciones de grave riesgo para la salud o la vida”⁶⁸⁷; valorando la autonomía del paciente no sólo por la capacidad del menor, sino en función de la gravedad de las consecuencias de la decisión que se adopte. Con todo, la Ley no prima por encima de todo la voluntad parenteral –no olvidemos que han de representar al hijo en su voluntad-, y si la decisión de los padres a juicio del facultativo fuera contraria a la preservación de la vida o la salud, habrá de ponerlo en conocimiento del juez. Igualmente, para los casos de urgencia, se dispone que el facultativo habrá de actuar conforme a dichos valores, con independencia de la opinión del menor, de sus padres y de la suya propia.⁶⁸⁸

Ante la circunstancia de que el paciente carezca de dicha capacidad natural, el consentimiento habrá de ser dispensado por representación de personas vinculadas que puedan decidir lo que sea mejor para él. Serían los siguientes supuestos:

- Menores de edad sin juicio suficiente: Se prestará por sus representantes legales (padres no privados de patria potestad, tutor o defensor judicial, o entidad pública que le tutela en caso de situación de desamparo).
- Mayores de edad incapacitados judicialmente: Serán sus representantes legales, quienes ejerzan la patria potestad prorrogada o rehabilitada, tutor o defensor judicial.⁶⁸⁹
- Mayores de edad con incapacidad real (sin incapacitación judicial). Cuando el médico valore que el estado físico o psíquico del paciente le impida estar en condiciones para decidir, se deberá recoger tal valoración en el propio documento de consentimiento informado que se prestará por representación. El consentimiento será prestado en este caso por sus representantes legales si los tuviera, o por las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Requisitos del consentimiento:

⁶⁸⁷ Las importantes modificaciones de esta Ley reproducen el criterio de la Circular 1/2012 de la Fiscalía Gral. del Estado, en la que se aborda el problema de tratamiento de los menores y en concreto de las transfusiones de sangre para los Testigos de Jehova.

⁶⁸⁸ De acuerdo también con la L.O. 8/2015, de 22 de Julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, que hace primar en todo caso el interés superior del menor.

⁶⁸⁹ El representante legal en estos casos no necesita autorización judicial, a excepción de Cataluña, donde su Código de Familia establece la necesidad de recabar previamente dicha autorización en el supuesto de que la actuación médica conlleve un riesgo grave para la vida o integridad física del incapacitado.

El consentimiento informado, como su propio nombre indica, implica la existencia de varios presupuestos:

1.- Voluntariedad: para que la decisión tenga relevancia jurídica y sea considerada como voluntaria, deben existir tres elementos internos: discernimiento (madurez intelectual necesaria para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias, presumiendo la Ley que dicha capacidad se adquiere a los 16 años⁶⁹⁰), intención (voluntad para realizar el acto sanitario concreto y determinado) y libertad (que la voluntad sea libre y sin coacciones o presiones) y un elemento externo, la exteriorización de la voluntad.

2.- Información: Para que el paciente o quien vaya a ser sometido a una intervención médica preste su consentimiento, es necesario que se le informe previamente, de forma adecuada y suficiente sobre el objeto del consentimiento. Luego, al hablar de éste, es inevitable ponerlo en relación a la información (lo que no ocurre al revés, pues no toda información ha de ir ligada a un consentimiento); de forma que la información previa opera así como uno de los elementos necesarios para la validez del consentimiento. Para calibrar el grado de información que debe recibir el paciente, en cada circunstancia, ha de atenderse siempre a la finalidad perseguida con ella; suministrándose en términos de probabilidad, pues no puede existir una certeza absoluta acerca de las consecuencias derivadas de cada una de las posibles opciones y en un grado que pueda ser asumido por el paciente. Recibida la información debida, el paciente con capacidad suficiente para comprender la situación en la que se halla y la información suministrada, ha de prestar su conformidad con carácter previo a someterse a la intervención médica, siendo revocable el mismo hasta el momento de su ejecución.

3.- Competencia: Capacidad del paciente para comprender la situación a la que se enfrenta, con las consecuencias previsibles, y a continuación tomar, expresar y defender una decisión que sea coherente con su propia escala de valores. En la práctica clínica las decisiones sobre el tratamiento de pacientes incompetentes, en general, las toman los miembros de la familia en consideración al consejo médico sobre las alternativas o procedimiento a consentir. Los médicos deberían insistir en que las decisiones estén basadas en lo que desearía el paciente y no en lo que los

⁶⁹⁰ La Ley 41/2002 rebaja hasta los 16 años la mayoría de edad para las actuaciones sanitarias, entendiendo el legislador que es suficientemente maduro y debe tomar las decisiones que afecten a su esfera privada. Esto es, a partir de los 16 años es el menor quien debe ser oído y quien decide. Si bien la Ley se reserva unas excepciones para actos de gran trascendencia y gravedad, con independencia de que haya de oírse al menor o incluso recabar también su consentimiento: ensayos clínicos, técnicas de reproducción humana asistida, extracción y trasplante de órganos, extracción y utilización de tejidos y sustancias corporales, cirugía transexual y esterilización, donación y utilización de embriones y fetos humanos, y de sus células, tejidos y órganos e Instrucciones previas.

representantes desearían para sí mismos. Para ello, sin duda resultaría útil dar una mayor virtualidad al documento de “Voluntades Anticipadas” (también llamado “Testamento Vital”)⁶⁹¹, mediante el cual se trata de respetar la voluntad del paciente en los casos en los que debe someterse a una intervención o actuación médica en momentos críticos para su vida en los que carezca de la capacidad suficiente para otorgar su consentimiento (documento que ha de ser incorporado a la historia clínica del paciente).

c) ¿Cuál es la información requerida para que el Consentimiento sea válido?

Es claro que el contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos.⁶⁹² A este respecto, con carácter general, la LAP señala como contenido mínimo de la información previa la relativa a la finalidad y la naturaleza de cada intervención o actuación médica, sus riesgos y sus consecuencias⁶⁹³. Añade, además, que para que el consentimiento pueda ser considerado “informado” habrá de suministrarse previamente una “información básica” que verse sobre: las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención, y las contraindicaciones. No existiendo certeza absoluta sobre las consecuencias derivadas de cada actuación, la información necesariamente habrá de ser suministrada en términos de probabilidad, y de forma proporcional a la situación concreta del paciente; pues una información incomprensible o desmesurada podría provocar el efecto contrario, saturándole, de forma que se prestaría un consentimiento poco cabal.⁶⁹⁴ De hecho, los Tribunales han incidido en que se trate de una

⁶⁹¹ Su primer reconocimiento tiene lugar en la Corte Suprema de California en 1957 en el caso “*Salgo vs Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*”, reafirmandose en posteriores sentencias. En España, se abre la puerta a este instrumento en el citado Convenio de Oviedo de 1997, iniciándose la regulación en las Comunidades Autónomas. Actualmente aparece regulado en la LAP, en su art. 8, exigiéndose que conste de manera fehaciente su otorgamiento de forma válida (con capacidad suficiente, mayoría de edad de forma libre) bien ante Notario, o bien ante tres testigos con plena capacidad, y que dichas voluntades sean acordes con el Ordenamiento Jurídico.

⁶⁹² Así lo recuerda el TS en S. de 29 de Junio de 2010 (Rec. Casación 4637/2008) y S. de 16 de Enero de 2007 (Rec. Casación 5060/2002).

⁶⁹³ Art. 4.1 de la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente.

⁶⁹⁴ En este sentido, la STS (Sala 3ª) de 3 de Octubre de 2000. Igualmente, la STS de 19 de Septiembre de 2012 ha venido matizando que: “no cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada –puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica –no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión-, sin excluir que la información previa

información “exhaustiva” y “suficiente”, además de “comprensible”⁶⁹⁵ “correcta, veraz y leal”.⁶⁹⁶

En cuanto a los riesgos, la Jurisprudencia ha hecho hincapié en diferenciar los riesgos previsibles o típicos de aquellos que son imprevisibles⁶⁹⁷, señalando en algún caso que en la medicina necesaria no se incluyen los riesgos atípicos dentro de la información obligada⁶⁹⁸; si bien lo esencial es que los riesgos sean inherentes a la actuación o intervención médica y que estén relacionados directamente con ella, pues de otro modo, no generarían responsabilidad médica a no ser que medie falta de diligencia. A este respecto, los Tribunales vienen insistiendo en la importancia de que la información previa al consentimiento recoja los riesgos personales que son propios del paciente por sus circunstancias individuales, lo que se cumple menos de lo deseable, al no particularizar los mismos.⁶⁹⁹

No obstante, saliendo del paso de una interpretación maximalista del requisito del Consentimiento Informado, lo cierto es que la información exigible no puede llegar a convertirse en una descripción de todos los posibles acontecimientos que después van a suceder en cada acto concreto, puesto que la evolución de las enfermedades son diferentes en cada cuerpo, sin que sea posible saber con antelación qué complicaciones van a surgir después y con qué gravedad. De ahí, la importancia de equilibrar la información que se suministra al paciente, en relación al caso concreto, y a sus circunstancias particulares.

pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario”.

⁶⁹⁵ STS (Sala 3ª) de 4 de Abril de 2000.

⁶⁹⁶ STS (Sala 1ª) de 27 de Abril de 2001.

⁶⁹⁷ Previsibilidad que según aclara el TS no puede medirse en estrictos términos de estadística, señalando en su STS (Sala 1ª) de 12 de Enero de 2001 que “*poco importa la frecuencia a efectos de la información y el tanto por ciento y las estadísticas al respecto, si es tal complicación inherente a toda intervención en el cuello, ya que por su inherencia y ser perfectamente conocida debió ser manifestada*”.

⁶⁹⁸ En este sentido, la STS (Sala 1ª) de 17 de Abril de 2007 (Rec. Casación 1773/2000) señala: “*no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revisten una gravedad extraordinaria. El art. 10.1 de la Ley 41/2002 incluye hoy como información básica los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones*”.

⁶⁹⁹ Como ejemplo, la STSJ Madrid 35/2016, de 22 de Enero, referente a un menor al que se iba a realizar trasplante de riñón con donante vivo (su padre). Como preparación, se le interviene para ponerle un catéter de vía central yugular por deficiencia nutricional. Tras la inducción inhalatoria anestésica con “sevoflurano” el paciente entró en parada cardiorrespiratoria que requirió maniobras de reanimación cardiopulmonar durante 15 minutos, con resultado de coma neurológico y nivel diencefálico. El estado neurológico provocado por el daño cerebral contraindicó el trasplante de riñón futuro. El Tribunal entiende que se podía haber demorado la colocación del catéter sin poner en riesgo la vida del paciente, hasta aumentar en planta o en la UCI la volemia del menor, considerando que ello supone una infracción de la lex artis. Aunque se suscribió un CI para anestesia pediátrica, no se indicaba en él cuanto aumentaba el riesgo en el caso del menor, al tratarse de un paciente con patología añadida, por lo que se considera que el CI no fue válido. Se realiza una valoración global del daño, reconociendo una indemnización de 500.000€.

Siendo este el contenido informativo que ha de recibirse para la prestación del consentimiento, la omisión de alguno de los puntos referidos va a generar efectos jurídicos, tal y como analizaremos más adelante.

d) ¿En qué momento debe efectuarse el consentimiento?:

Como hemos referido, la validez del consentimiento viene condicionada por la corrección de la información suministrada previamente y por una anterior reflexión en conciencia del paciente ponderando dicha información.⁷⁰⁰ Ello exige, a su vez, que entre la información y el consentimiento medie un tiempo suficiente que permita sopesar y meditar la misma para poder decidir, garantizándose la madurez de la opción elegida.⁷⁰¹

Debe distinguirse, por tanto, entre el “momento de la información”, que es el verdaderamente trascendente, del “momento de la firma” del documento de Consentimiento Informado; pues lo relevante es que antes de otorgar su consentimiento el interesado sea informado previamente y tenga oportunidad de decidir en conciencia y con libertad. Pero ¿cuánto tiempo antes? Normativas como la de Galicia, Castilla-León, Murcia, Castilla-La Mancha y Navarra hablan de “antelación suficiente”, mientras que en otras comunidades autónomas como País Vasco, Valencia y Extremadura establecen un mínimo de 24 horas antes (a excepción de las actividades urgentes). En cualquier caso, lo que no es admisible es que se entregue el documento minutos antes de la intervención, a veces estando ya adormecido, o incluso después, pues el consentimiento otorgado en estas circunstancias estaría sin duda viciado, perdiendo su validez jurídica.

e) Las excepciones

Los supuestos en los que se exime al facultativo de recabar el consentimiento informado son, como hemos visto, situaciones tasadas, que se recogen en el art. 9.2 de la LAP:

⁷⁰⁰ SARDINERO GARCIA, C. (2016). Pág. 147.

⁷⁰¹ En este sentido, el TS en STS (Sala 1ª) de 15/11/2006 señala que el consentimiento “es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atienden durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a la salud, y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades”.

- Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas: Primando en estos supuestos los intereses colectivos, pueden adoptarse medidas urgentes sin consentimiento; sin perjuicio de lo cual, deberán ser comunicadas a la autoridad judicial en 24 horas, si conllevan el internamiento obligado de personas.
- Situaciones de urgencia vital: Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, al suponer la tardanza en la asistencia un peligro o una pérdida irreparable de la salud. Sin perjuicio de consultar, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.
- Supuestos conflictivos, tales como huelga de hambre, transfusiones de sangre, eutanasia: Prima en estos casos el deber de la Administración de velar por la vida, integridad y salud del enfermo, adoptando las medidas necesarias para protegerlos.

5.- LA PRUEBA DE LA INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO:

El artículo 8 de la Ley 41/2002 básica de Autonomía del Paciente señala que: *“el consentimiento será verbal por regla general”, pero que “se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”.*

Es decir, como regla general, el consentimiento informado ha de ser verbal y escrito cuando se trate de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, y, en general, procedimientos de alto riesgo. Puesto que no ha existido un posterior desarrollo de la ley que concrete cuáles son realmente los procedimientos que requieren el uso del consentimiento escrito, son las Administraciones Autonómicas las que han determinado cuáles son dichos actos, intentando catalogar los formularios escritos de consentimiento informado⁷⁰² y

⁷⁰² Ejemplo de ello es el del Gobierno de Andalucía, que ha puesto en marcha un proyecto para establecerlos a través de un Catálogo de Formularios Escritos de Consentimiento Informado, cuyo objetivo pretende facilitar a la ciudadanía y a los profesionales el listado de procedimientos en que, además de la forma verbal – que es siempre la más importante-, debe añadirse un procedimiento escrito, un formulario de consentimiento informado. El Catálogo pretende además unificar la estructura y contenido de los formularios, para ofrecer información veraz y comprensible sobre las diferentes intervenciones; estando coordinada su elaboración y mantenimiento por el Comité de Evaluación y

estableciendo guías sobre el procedimiento de consentimiento informado, a través de los Comités Éticos Asistenciales o de Ética Asistencial (que si bien en la mayoría de las autonomías se refieren a los ensayos, tienen entre sus funciones las relacionadas con la bioética, como es el Consentimiento).

Alegada la falta de información o de consentimiento, como cuestión de hecho que es, se hace necesaria su acreditación por las partes con los medios probatorios previstos en derecho. En los casos en los que se requiere que el consentimiento esté documentado, si bien la jurisprudencia ha aceptado en algunos casos que pueda darse por probada su existencia -a pesar de no existir el documento- si se acredita que el paciente fue suficientemente informado⁷⁰³; lo cierto es que son más numerosos los casos en los que se penaliza la propia inexistencia del documento (independientemente de que por otros medios sí pueda probarse otorgado el consentimiento). Para el resto de supuestos en los que no se ha establecido ese requisito formal y, por tanto, puede realizarse de forma verbal, recaerá en el servicio médico la obligación de su prueba (por inversión de tal carga en virtud del principio de facilidad probatoria) y porque, tal y como viene recordando el TS, *“no se puede imponer la carga de la prueba a quien la alega, sino a quien debió cumplir con ella, facilitando un documento en el que con precisión se indicaran los riesgos y alternativas de la intervención”*.⁷⁰⁴

Por lo tanto, la exigencia de la constancia escrita de la información viene a tener, como indica la Jurisprudencia, valor *ad probationem*⁷⁰⁵. Al recaer la carga de la prueba en el médico, se ha generalizado la exigencia a éstos de normalizar el uso de documentos en los que se hace firmar al paciente haber recibido la información referente a su tratamiento quirúrgico, así como haber tenido oportunidad de resolver sus dudas. Este documento genérico se ha convertido en un mero formalismo, pues ni la mayor parte

Seguimiento del Consentimiento Informado (CESCI), reconocido el carácter dinámico de tales determinaciones.

⁷⁰³ Como ocurre en la SAP Vizcaya 361/2012, de 28 de Junio de 2012, relativa al supuesto de una intervención quirúrgica de hernia discal que finalmente derivó en una grave secuela de síndrome de cola de caballo. Descartada la mala praxis, se considera que no existe falta de información o consentimiento desinformado generador de responsabilidad, tomando como base las abundantes anotaciones que existen en la historia clínica sobre la información que se ha dispensado a la paciente, con detalle de visitas y comentarios. O en la STSJ Castilla-León 1200/15, de 11 de Junio, referente a un paciente al que se le realiza una litotricia en el riñón derecho, y posteriormente otra segunda litotricia en el riñón izquierdo. Sólo consta documento de consentimiento informado respecto a la primera, pero el Tribunal entiende que al ser la misma intervención aún en otro riñón, el paciente sigue conociendo los riesgos de la misma (riesgos que ya asumió anteriormente; considerando por tanto que la segunda intervención también fue consentida).

⁷⁰⁴ STS de 29 de Mayo de 2003.

⁷⁰⁵ En este sentido, SSTSJ Castilla-León 1200/15, de 11 de Junio, 10 noviembre 1998 y, 2 de noviembre de 2002.

de los pacientes entienden lo que se les informa, ni todos los médicos dedican a sus pacientes un tiempo suficiente para resolver sus dudas.⁷⁰⁶ No obstante, el hecho de que se plasme en un documento pre impreso no le hace perder virtualidad al consentimiento, reconociendo los Tribunales que se trata de una práctica habitual que es conforme con la normativa.⁷⁰⁷

No obstante, en algún supuesto en que el documento firmado por el paciente contenía un reconocimiento genérico de haber sido informado, el tribunal ha entendido que la carga de probar que no es cierto que la información se haya dado, o que ésta sea insuficiente se desplaza al firmante, es decir, al paciente.⁷⁰⁸

Sin embargo, y con respecto a las intervenciones quirúrgicas -para las cuales la Ley expresamente establece que el consentimiento habrá de ser escrito-, no es admisible para los Tribunales el consentimiento presunto, determinado a partir de circunstancias tales como la condición de médico del paciente, su amistad con los profesionales y las conversaciones mantenidas con él, o el haberse sometido anteriormente a una intervención igual. Incluso, se ha rechazado como acreditación del consentimiento las anotaciones de enfermería, refiriendo que le fueron entregados los documentos, por entender que ello no permite conocer de modo fiable que se le informara de sufrir el riesgo que finalmente se produjo.⁷⁰⁹ Y ello, por cuanto si bien es cierto que la Legislación aplicable establece algunas excepciones a la regla general de constancia escrita (como sería que el paciente se encontrara en peligro para la vida o su integridad física), en modo alguno se prevé una excepción a tal regla por contingencias como las expuestas.⁷¹⁰

⁷⁰⁶ Es frecuente incluir formulismos similares al siguiente: *“He comprendido las explicaciones que se facilitan en un lenguaje claro y sencillo y el facultativo que me he atendido me ha permitido realizar todas las observaciones y me ha aclarado todas las dudas que le ha planteado”*; que son irreales, por cuanto, a pesar del cambio de la relación médico paciente, aún hoy se asumen por los pacientes los actos clínicos sin preguntar dudas y sin recibir la información adecuada y suficiente para alcanzar a comprender el alcance del acto médico.

⁷⁰⁷ En este sentido, la STSJ Castilla-León 2537/2015, de 6 de Noviembre de 2015.

⁷⁰⁸ A este respecto, la STS (Sala 3ª) de 27 de Noviembre de 2000. Igualmente, tal y como apunta el extinto Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su dictamen 207/2012, de 11 de Abril de 2012: *“Desde este planteamiento anti formalista cabe afirmar que, del mismo modo que la ausencia de documento de consentimiento informado establece la presunción iuris tantum de que no ha existido consentimiento y recae sobre la Administración Sanitaria destruir dicha presunción, la presencia de un documento informado, aunque genérico, en las circunstancias de enfermedad desde su nacimiento, tratamiento en y por el mismo Servicio e intervención previa establece la presunción iuris tantum de que sí existió información y consentimiento debiendo recaer en los interesados la carga de probar que no fue así”*.

⁷⁰⁹ V.gr. STSJM 199/2016, de 27 de Abril de 2016, que indemniza con 12.000€ por dicho motivo.

⁷¹⁰ Como ejemplo, cabe citar la STS (Sala 3ª) 7388/2012, de 13 de Noviembre.

Por otra parte, los documentos de Consentimiento Informado no sólo son distintos en cada Comunidad Autónoma, sino lo que es más grave, en cada centro aun perteneciendo al mismo Servicio Autonómico de Salud. A este respecto, no podemos estar más de acuerdo con SÁNCHEZ CARO, quien cree que sería conveniente unificar un documento de consentimiento informado, ya que en la actualidad en unos hospitales exponen unos riesgos distintos a otros, lo que provoca que haya diferentes estándares de información y por lo tanto “*demasiada flexibilidad en el daño moral*”.⁷¹¹

6.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FALTA DE INFORMACIÓN/CONSENTIMIENTO INFORMADO

Como anteriormente adelantábamos, el papel del consentimiento informado se presenta en el ámbito de la responsabilidad patrimonial con una doble virtualidad, como un “arma de doble filo”. Por un lado, su existencia de forma válida trae consigo la asunción por el paciente de los riesgos y consecuencias inherentes a la intervención autorizada (salvo que medie un mal funcionamiento del centro o actuación negligente de los profesionales, ya que el Consentimiento Informado no es “patente de corso” para cualquier dejación o mala fe⁷¹²); y por otro, su omisión o su insuficiencia supondrá, en muchos casos, que el paciente no tenga obligación de soportar las consecuencias, surtiendo consecuencias jurídicas generadoras de responsabilidad. No

⁷¹¹ Publicación de Derecho Sanitario (núm. 5), de 7/3/2011. <http://derecho.publicacionmedica.com/noticia/es-dificil-establecer-un-criterio-en-la-jurisprudencia-del-supremo-sobre-el-dano-moral>

⁷¹² En este sentido, el Consentimiento Informado no puede considerarse como cláusula de irresponsabilidad. Así lo expresa la STSJ de Madrid núm. 40/2016, de 29 de Enero de 2016, en la que se reclama por mala praxis en una cirugía de cataratas (en concreto que no fueron aplicadas las medidas profilácticas). Señala el Tribunal que dicha mala praxis no se desvirtúa por el hecho de que la infección padecida por los pacientes constituya un riesgo descrito en los documentos de consentimiento informado de la cirugía a la que se les iba a someter (sólo lo haría en el caso de que hubiera acontecido a pesar de haber adoptado todas las medidas precisas para evitarlo). O la STSJ Galicia, 854/2008 de 10 de Diciembre de 2008: “Es cierto que como regla general el consentimiento del paciente determina que éste asume los riesgos habituales inherentes a la asistencia concreta de que se trate. Sin embargo, una apreciación racional de las cosas no permite erigir el consentimiento prestado en patente de corso o “excusa incondicionada” ante cualquier evento adverso. Esa conclusión, conforme a la cual el consentimiento hace cargar al paciente con cualquier riesgo indiferenciado, resulta contraria, en derecho, al instituto del consentimiento del paciente, pues constituye, en esa acepción indiscriminada, una apreciación perversa de un acto de manifestación de la voluntad que, cual es el consentimiento, traduce la autodeterminación de un sujeto capaz. En todo caso, pese a ser informada y aunque entre los riesgos mencionados se halla el de la lesión nerviosa del nervio ciático, nada autoriza a concluir que el paciente tenía presente la eventualidad de un daño tan desproporcionado como el que se le infirió, con la secuelas que han quedado descritas... A mayor abundamiento, no cabe amparar en aquel consentimiento informado la eventual posibilidad o probabilidad de que se produzca un daño, cuando el mismo no es inherente o consustancial a la intervención de implante de prótesis de cadera ni consecuencia obligada de la misma. Mantener lo contrario equivaldría a consagrar en derecho la irresponsabilidad de la Administración Sanitaria por daños derivados de cualquier acto médico, por la sencilla razón de haber informado genéricamente al paciente o a su representante legal de los riesgos de una intervención quirúrgica. Si han de incluirse los daños derivados tanto del funcionamiento anormal como del normal del servicio público necesariamente ha de generar responsabilidad patrimonial de la Administración la causación de un daño en casos como el presente”.

obstante, los efectos del Consentimiento Informado en ambas vertientes no son ilimitados, por cuanto, como vamos a ver, ni su inexistencia conlleva automáticamente responsabilidad, ni su existencia libera siempre de la misma

En el estudio del consentimiento informado, la mayor dificultad se presenta, sin duda, en la determinación de las consecuencias jurídicas de la infracción a este derecho, y en concretar cómo se resarce la misma. Decimos “infracción” en cuanto vulneración de un deber del facultativo hacia el paciente (y, en su caso, sus familiares) expresamente preceptuado que, aunque se traduce en un daño moral que atenta contra la autonomía de la voluntad del paciente (que como tal ha de ser valorado y resarcido), parece en muchos supuestos dar lugar a una respuesta casi sancionadora. Y es que se imponen indemnizaciones que más bien parecen sanciones-tipo, que dejan a un lado la ponderación de las circunstancias concretas; enjuiciando realmente la conducta “infractora” del facultativo, y no el daño, como sería lo propio de la responsabilidad patrimonial.

La jurisprudencia acerca de la responsabilidad por falta de consentimiento informado ha evolucionado de forma notable en los últimos años, pasando de la concepción del defecto u omisión del consentimiento como daño moral autónomo -es decir, con independencia de que vaya aparejado a un daño corporal-, a la exigencia de que exista relación causal entre el acto médico y el daño para que sea resarcible, para luego volver al posicionamiento original. No es pacífica la doctrina en este tema y por ello encontramos pasos hacia delante y hacia atrás, además de posiciones contrarias en función del papel que se da a la relación de causalidad cuando se valoran los hechos. De manera que, con un camino tan vacilante, resulta tarea imposible la sistematización de criterios uniformes, pues dependiendo del Tribunal y del momento han sido tratados de una u otra forma.⁷¹³ En este sentido, el Consentimiento Informado es un tema en el que siempre hay algo nuevo que decir, que “*está eternamente inacabado*”⁷¹⁴. Lo que sí es cierto es que hoy en día se atisba un claro propósito de los Tribunales territoriales de indemnizar -o más bien castigar- la ausencia o

⁷¹³ Recoge la evolución de la doctrina jurisprudencial la STS (Sala 3ª) de 19 de mayo de 2011, Rec. Casación 5067/2006: “Ya por último, la razón por la que debemos desestimar el segundo de los motivos de casación la encontramos en nuestra propia jurisprudencia, pues ésta ha evolucionado en esa cuestión del defecto u omisión del consentimiento informado desde una postura que lo reputaba en sí mismo constitutivo de un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención y por tanto indemnizable (así, en la sentencia de 4 de abril de 2000), a otra que afirma como regla o principio que la mera falta o ausencia de aquel no es indemnizable si no concurre el elemento de la relación causal entre el acto médico y el daño constatado (así, entre otras, las sentencias de 26 de marzo de 2002, 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008, o la nuestra Sala Primera, de lo Civil, de 23 de Octubre de 2008 y 30 de junio de 2009)” (FJ 5º).

⁷¹⁴ DE ANGEL YAGÜEZ, R. (2002). Pág. 1.

defectuosa del Consentimiento Informado, yendo muchas veces en contra incluso de los criterios del Tribunal Supremo. Ello sin duda tiene una gran trascendencia, pues son esos tribunales los que vienen a imponer criterios a la Administración con la revisión de sus resoluciones, trasluciéndose el ánimo pedagógico de que los Servicios Sanitarios den una mayor relevancia a la información y al consentimiento informado.

Por otro lado, si bien encontramos sentencias en las que no se indemniza la falta o defecto de Consentimiento Informado si no se ha alegado⁷¹⁵ en virtud del principio de congruencia; en otros casos, por el contrario, se ha entendido que, aunque no se alegue, ha de tenerse en cuenta bien para poder valorar la indemnización⁷¹⁶, o bien porque en virtud del principio *pro actione* no se ha querido dejar sin valorar el hecho de su inexistencia.⁷¹⁷

La “infracción” o vulneración del consentimiento informado puede presentarse a través de diversos supuestos de hecho, respecto a los cuales habremos de determinar su repercusión jurídica en el marco de la responsabilidad patrimonial:

1.- La omisión del documento de consentimiento informado (es decir, cuando se interviene sin haber firmado el consentimiento correspondiente).

⁷¹⁵ Como ejemplo, la STSJ Madrid, 656/2012, de 20 de Septiembre de 2012: a pesar de la evidencia de que no hay CI, reconociéndolo así la propia Administración, y de que no se ha acreditado en absoluto que se le diera información de ningún tipo al interesado ni a su familia; el Tribunal reconoce que tal omisión podría resultar, en principio, indemnizable pero al no haber sido interesado por la actora y al ser objeto de resarcimiento los daños causados, el Tribunal no puede hacer ningún pronunciamiento sobre la cuestión.

⁷¹⁶ STSJ Madrid 31/2016, de 27 de Enero de 2016: Declarada la falta el CI, con la documentación obrante en el expediente no es posible objetivar si se ha producido un fallo en las medidas de prevención y control de infecciones hospitalarias o si por el contrario la adquisición de la meningitis fue inevitable a pesar de la correcta aplicación de tales medidas por parte del hospital. El Tribunal establece que ha habido una pérdida de oportunidad de haber evitado un agravamiento de las secuelas (meningitis nosocomial e hidrocefalia) y entiende que “*aunque el recurrente no haya formulado reclamación específica por ausencia o defecto en los consentimientos informados, la correcta o defectuosa información al paciente es una de las circunstancias que, junto a otras, habrían de tenerse en cuenta a los efectos de determinar la indemnización que le pudiera corresponder*”. Por todo ello, el Tribunal reconoce una indemnización de 170.000€.

⁷¹⁷ Como ejemplo, cabe citar el Dictamen 358/13, del extinto Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid de 4 de Septiembre de 2013 que señala: “*No consta que la interesada reclame expresamente por falta de información, pero la solicitud de incorporación al expediente de los documentos de consentimiento informado ha de tener algún valor que este órgano consultivo no puede dejar de interpretar de acuerdo con el principio pro actione y tomando en consideración que no se puede exigir a los ciudadanos conocimientos jurídicos precisos para formular reclamaciones*”. En el caso sometido a dictamen, a la reclamante se le practicaron reiterados drenajes de una glándula, dejando la herida mínimamente abierta para facilitar la continuidad de la expulsión de desechos. No cabe duda de que se trata de una asistencia de carácter invasor que hubiera necesitado la prestación de consentimiento informado por escrito; por lo cual y recordando que la ausencia de consentimiento informado constituye una vulneración del derecho de la paciente a información relevante sobre su proceso asistencial, el cual es susceptible de ser indemnizado, el Consejo estima procedente reconocer una indemnización de 6.000€.

2.- Existencia de consentimiento, pero con omisión de información en alguno de los contenidos requeridos (riesgos, complicaciones, secuelas, alternativas...)⁷¹⁸, equiparándose la insuficiencia del consentimiento por no ser completo con la ausencia del mismo.⁷¹⁹

3.- Existencia de consentimiento, pero con defectos en cuanto a la antelación con la que se firma con respecto a la intervención, identificación del médico informante, capacidad de la persona firmante, etc.

4.-La ausencia en la historia clínica del documento de consentimiento informado, constando no obstante haberse suministrado la información por otras pruebas. En otras palabras, lo que falta es el documento, y por tanto lo que subyace es un incumplimiento por parte del centro sanitario del deber de custodia de la historia clínica completa.

Como vemos, la inobservancia del consentimiento informado viene dada tanto por la omisión propia del mismo, como por no haber recibido una adecuada información previa, por cuanto conlleva que el paciente haya realizado una deliberación errónea basada en esa información sesgada, resultando viciado el consentimiento otorgado. Relacionado con el error que invalida el consentimiento de acuerdo con el Código Civil, tal consentimiento se considera ineficaz y por tanto nulo.⁷²⁰

Tales supuestos pueden acontecer a su vez con o sin daño corporal, y mediando una praxis correcta o bien defectuosa, lo que matizará en cada caso la respuesta indemnizatoria⁷²¹.

6.1.-FORMAS DE CALIFICAR EL DAÑO: TEORÍAS EXISTENTES

Como hemos señalado, la falta o deficiencia del consentimiento o de la información previa supone que el consentimiento del paciente se encuentre viciado, lo que es susceptible de generar una declaración de responsabilidad patrimonial con ocasión de

⁷¹⁸ A este respecto, la STS (Sala 3ª) de 4 de Diciembre de 2012 señala: *“La jurisprudencia (SSTS 29 de junio 2010, rec. Casación 4637/2008, 25 de marzo de 2010, rec. Casación 3944/2008) sostiene que no sólo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales”*.

⁷¹⁹ Así lo ha señalado el extinto Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en Dictamen 65/12, de 1 de Febrero o Dictamen 127/15, de 25 de Marzo, entre otros.

⁷²⁰ SARDINERO GARCIA, C. (2016). Pág. 110.

⁷²¹ En ese sentido, el TS, por todas en su STS (Sala 3ª) de 9 de Octubre de 2012 expresa: *“En relación con la cuantía otorgada por la sentencia de instancia, en base a la falta de consentimiento informado, hemos señalado en reiteradas resoluciones, como es el caso, que dicha omisión o insuficiencia puede dar lugar a indemnización, si bien ésta viene ligada a la existencia o no de mala praxis médica”*.

un funcionamiento anormal del servicio prestado⁷²². Eso sí, se requerirá, además, que con ello se haya ocasionado un daño efectivo, real, individualizado y económicamente evaluable, y que entre este daño y ese funcionamiento medie la necesaria relación de causalidad. Es decir, el llamado “consentimiento desinformado” (como lo califica en ocasiones la jurisprudencia)⁷²³ dará por tanto lugar a indemnización, siempre que se dé la concurrencia de los elementos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial.

De la evolución jurisprudencial⁷²⁴, podemos extraer diversas teorías que se han ido desarrollando en cada momento acerca de la consideración y calificación jurídica del daño (consistente en el incumplimiento del deber de informar y obtener el correspondiente consentimiento informado)⁷²⁵.

1º) TEORÍA DE LA FALTA DEL NEXO DE CAUSALIDAD:

Según esta tesis, la obligación de indemnizar un daño derivado de una actuación médica requiere la existencia de un nexo causal exclusivo entre la infracción de la *lex artis* en que haya incurrido el profesional médico y el resultado lesivo, no considerando daño aquel que no guarda relación con el acto médico.⁷²⁶ Aplicando esta teoría con respecto a la infracción de los deberes de información y consentimiento informado, y en ese mismo sentido, el TS ha expresado que *“la denuncia por información deficiente resulta civilmente intranscendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica, es decir, no genera responsabilidad civil”*,⁷²⁷ y ello sin perjuicio de las responsabilidades deontológicas o administrativas que puedan derivarse.

Como ejemplo, podemos citar la STS en recurso para casación de unificación de doctrina, de 9 de Diciembre de 2015 que desestima el recurso interpuesto contra sentencia desestimatoria de la reclamación de los padres por entender que los graves padecimientos de su hija menor son consecuencia del defectuoso tratamiento que se dio a la madre y de la administración de la segunda toma de la vacuna DTP para la que no se firmó el oportuno consentimiento. El TS señala que al no apreciar el Tribunal de

⁷²² Por todas, STS de 26 de Marzo de 2012.

⁷²³ SANCHO GARGALLO, I. (2004). Pág. 12. No obstante, en contra de esta expresión se aduce que no resulta apropiada, pues no puede partirse de la presencia de consentimiento alguno cuando la relación sufre vicios. SARDINERO GARCIA, C. (2016). Pág. 269.

⁷²⁴ Evolución de la que se hace eco la STSJ Baleares 348/2012 de 8 de Mayo.

⁷²⁵ Al respecto, XIOL RIOS, J.A. (2012). Págs.19 y siguientes.

⁷²⁶ STS 985/1997, Sala de lo Civil, de 10 de Noviembre. Recurso de Casación núm. 2985/1993.

⁷²⁷ STS de 23 de octubre de 2008.

Instancia la debida relación de causalidad entre las vacunas y el síndrome padecido por la niña no es necesario el examen de la trascendencia de la alegada falta de consentimiento informado.

En todo caso, la mayor dificultad se presenta en los supuestos en los que se ha omitido la información o el consentimiento, que obligan a tener que suponer -en términos de probabilidad- qué habría ocurrido en caso contrario.⁷²⁸ De ahí que, ante una información inadecuada o inexistente, y una actuación técnicamente adecuada a la *lex artis*, si se produce un resultado dañoso, la forma correcta de determinar la existencia de nexo causal es atender a las probabilidades de rechazo del tratamiento en el caso de que hubiese existido la información adecuada, requiriéndose, pues, un proceso de valoración de la probabilidad causabilística para llegar a establecer la necesaria relación causal.⁷²⁹ Así, en los casos de intervenciones necesarias requeridas por el estado crítico del paciente y por su mal pronóstico, el resultado de esta operación sería la desestimación de responsabilidad por inexistencia de nexo causal entre la actuación del médico y el daño producido. Sin embargo, las consecuencias han de ser necesariamente otras si, buscando el necesario nexo causal, lo que se desplaza del punto de mira es el daño mismo.

La STS núm. 865/2001 (Sala 1ª) de 27 de septiembre (recurso de casación núm. 1859/1996) declara, en similares términos, que la falta de nexo de causalidad en relación con la falta de consentimiento informado se cifra en el hecho de que no puede presumirse que la información hubiera evitado el daño a la salud ocurrido. Esta podría parecer la teoría seguida recientemente por el TC⁷³⁰, que sostiene que la mera falta de

⁷²⁸ Sobre los problemas de la “responsabilidad por informar”, DE ANGEL YAGÜEZ señala que “*las preguntas en torno a la relación de causalidad suben de tono y de dificultad cuando – en la medida en que sea posible establecer esta diferencia- la cuestión no estriba en que se ha informado mal, sino en no haber informado*”. DE ANGEL YAGÜEZ, R. (2002). Pág. 23.

⁷²⁹ Al referirse al criterio de imputación conocido como “finalidad protectora de la norma”, Pantaleón se pregunta si podría exonerarse de responsabilidad al facultativo si éste demuestra que de haber pedido el consentimiento al paciente, previa una adecuada información de los riesgos y probabilidades, el paciente lo habría prestado con toda seguridad, o por lo menos con una probabilidad rayana a la certeza. Y a este respecto, señala que: “*si falta el necesario consentimiento y, por tanto, también la aceptación del riesgo, el peligro del tratamiento curativo, que en tales circunstancias el médico introduce sin autorización en la esfera del paciente, no puede ponerse a cargo de éste por el simple hecho de que, al fin y al cabo, se podría haber obtenido su consentimiento. Dejando aparte los casos en que por especiales razones no es exigible, el paciente, dicho de otra forma, sólo tiene que soportar el riesgo de las intervenciones médicas cuando presta al respecto su efectivo consentimiento. El hecho de que las hubiera consentido si se le hubiese informado convenientemente y preguntado, no es bastante para colocarle en la misma situación*”. PANTALEON (1990). Págs. 1561-1591.

⁷³⁰ La STC 37/2011, de 28 de marzo, declara que en el caso examinado la falta de información no supone vulneración del derecho a la libertad del art. 17 CE, pues este precepto se refiere a la libertad física. Sin embargo, el TC entiende que la falta de información sobre riesgos y posibles consecuencias para la salud personal no sólo constituye una mala praxis por vulneración de los derechos reconocidos en la Ley Básica de Autonomía del Paciente, sino también una vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física y moral del art. 15.1 C.E., siempre que dicho riesgo origine un peligro grave y cierto para la salud.

Consentimiento Informado no supone por sí misma violación del derecho fundamental a la integridad física, sino que es preciso atender a las circunstancias. Compartimos esta precisión con la que coincidimos, subrayando el peligro de tratar todos los casos de falta o insuficiencia de consentimiento de forma global, sin enjuiciar si el daño que ocasiona es efectivo o no (tal y como haríamos si estuviéramos ante cualquier otro hecho lesivo).⁷³¹

La doctrina ha puesto de relieve, sin embargo, que el TC no toma en consideración la ausencia de alternativas y el juicio de probabilidad de la decisión del paciente en caso de haber sido correctamente informado. Parece que el TC estaría considerando la mera falta de Consentimiento Informado en relación a las consecuencias derivadas de la merma de la integridad física sufrida como consecuencia de la intervención, aunque esta haya sido practicada con arreglo a la *Lex Artis*. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el ámbito del TC es el de los derechos fundamentales, mientras que la calificación que deben hacer los tribunales ordinarios en materia de responsabilidad derivada de la falta de Consentimiento Informado, en orden a la fijación de la indemnización, debe atender a todos los aspectos relacionados con la calificación del daño en el ámbito de la legalidad ordinaria. Precisamente por ello, el TC declara que se ha vulnerado el derecho fundamental a la integridad física del recurrente, pero ordena que se retrotraiga el procedimiento al momento inmediatamente anterior a dictar la sentencia, remitiéndose para la fijación de la indemnización al tribunal ordinario.

2º) LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Parece discutible que el razonamiento judicial entorno al nexo de causalidad deba establecerse entre falta de información y daño resultante; pues, en términos de causalidad material, es la acción médica la que produce el daño y no esa omisión o insuficiencia de información o de consentimiento, y ello con independencia de que se haya infringido o no la *lex artis* (lo que determinaría si es imputable o no al médico el resultado). Y es que, aunque la actuación médica pueda no ser reprochable, sí lo será la circunstancia de que su actuación provenga de que el paciente no haya tenido oportunidad de decidir que las cosas fueran de otra manera; por lo tanto, el bien jurídico lesionado es el derecho del paciente a ejercitar su facultad de

⁷³¹ Así se recogía también en las conclusiones del Foro Sanidad y Derecho celebrado el 10/10/2012 en el Hospital La Paz (Madrid) al señalar que la infracción del deber de información no es *per se* ninguna causa o título suficiente de resarcimiento pecuniario.

autodeterminación. Por todo ello, procede imputar objetivamente a los Servicios Sanitarios el desenlace acaecido, y ello sin perjuicio de que razones de causalidad permitan amortiguar ese principio general y conducir a una indemnización inferior a la cuantía normal. En este sentido, y a efectos prácticos, la imputación objetiva equivale a la asunción de los riesgos del resultado.

No obstante, el principio de imputación objetiva se ve moderado en determinadas circunstancias, que llevarían a desestimar la acción de responsabilidad:

- Si el Tribunal llega a la convicción de que, aun habiendo sido perfectamente informado, el paciente habría optado de forma inequívoca por someterse a la intervención (con las dificultades que entraña la demostración de una verosimilitud que esté dentro de la certeza moral). Cabe objetar, sin embargo, que de esta forma quedaría impune la falta de información o consentimiento informado; sin embargo, una posible solución sería establecer una condena parcial o incluso simbólica, siendo ésta la opción que observamos están siguiendo los Tribunales y Órganos Consultivos.
- Si el Tribunal llega a la convicción de que la falta de información no dio lugar realmente a ausencia de información (por cuanto el médico no le proporcionó información porque sabía que el paciente ya estaba informado). No obstante, a ello cabe objetar que no parece aceptable que la prueba de la información se deduzca por presunciones, máxime cuando los Tribunales son cada vez más exigentes con la obligación de que el consentimiento conste por escrito en la Historia Clínica.

3º) TEORÍA DEL DESPLAZAMIENTO DEL RIESGO

De acuerdo con esta teoría, el incumplimiento de la *Lex Artis ad hoc*, en cuanto a la falta o deficiente consentimiento, obliga al médico a responder de las consecuencias dañosas de la intervención realizada, por entender que dicha omisión comporta el desplazamiento de los riesgos al médico responsable de dicha infracción.⁷³² En otras palabras, el que no informa responde, si es él el que ha creado la situación de peligro que la información tenía que haber evitado. Es decir, en aquellos casos en los que pese a ser conforme a *Lex Artis* el acto médico, sin embargo se produce una secuela o complicación inherente o previsible, la ausencia de Consentimiento Informado traslada la responsabilidad por el resultado dañoso al médico; de forma que un daño que no

⁷³² La STS de 26 de Septiembre de 2000 (Sala 1ª), número 849/2000, recurso de casación núm. 4448/1997, construye sus razonamientos partiendo de esta posición.

sería antijurídico, al tratarse de un riesgo inherente a la intervención, pasa a serlo por no mediar la información suficiente.

A juicio de autores como GUERRERO ZAPLANA, entender que el efecto de la falta de información hace recaer sobre el médico los riesgos de la intervención de que se trate no parece que esté suficientemente apoyado en texto legal alguno, careciendo también de base jurisprudencial suficiente. Considerando, además que se contrapondría con la tesis que, de contrario, establece que por el hecho de que se preste consentimiento por el paciente no se le puede hacer responsable a éste de las consecuencias de la intervención.⁷³³ Este criterio ha sido también el del TS en alguna de sus sentencias.⁷³⁴

No obstante, se encuentran pronunciamientos favorables a hacer asumir al facultativo las consecuencias lesivas de su desinformación y también contrarios a tal opinión, entrando en contradicción ambas tendencias jurisprudenciales, lo que impide la consolidación de una línea clara que acabe con la confusión reinante en ésta y otras muchas cuestiones.

4ª) TEORÍA DEL DAÑO MORAL AUTÓNOMO:

Sin perjuicio de que la práctica habitual de los Tribunales condiciona la concesión de una indemnización por el daño moral derivado del indebido consentimiento informado a la existencia de lesión, entendiendo que la falta de información no es *per se* una causa de resarcimiento pecuniario⁷³⁵; con la **STS (Sala 3ª) Rec. Casación 8065/1995, de 4 de abril de 2000**⁷³⁶ existe una línea jurisprudencial hasta ahora minoritaria que

⁷³³ GUERRERO ZAPLANA, J. (2004). Pág. 219.

⁷³⁴ La STS (Sala 3ª) de 24 de Julio de 2012 rechaza la tesis de que la falta del consentimiento informado del paciente provoca un desplazamiento del riesgo y de la responsabilidad por todas las consecuencias dañosas de la intervención realizada –lesiones y secuelas y no sólo el daño moral– a la Administración Sanitaria responsable de la omisión, con independencia de que tales lesiones no puedan reputarse de antijurídicas por haberse practicado la intervención quirúrgica conforme a *Lex Artis*.

⁷³⁵ STS (Sala 1ª) de 9 de Marzo de 2010.

⁷³⁶ La STS (Sala 3ª) Rec. Casación 8065/1995, de 4 de abril de 2000, en la que, a consecuencia de una intervención para corregir una coartación aórtica congénita, el paciente sufría desde los 17 años una paraplejía con un déficit de su capacidad del 70%, por la que solicitó una indemnización de 100.000.000.- Ptas. o, alternativamente, una renta vitalicia de catorce pagas anuales de 100.000.- Ptas. cada una actualizables con el IPC. El TSJ de Galicia había desestimado el correspondiente recurso sobre la base del futuro que esperaba al paciente por razón de su grave enfermedad, del porcentaje mínimo de riesgo que implicaba la intervención frente a la evolución segura de su estado —que ya había comenzado a manifestarse—, y de la adecuada actuación técnica del equipo médico; añadiendo que por todo ello “no se ha de entender como decisivo el elemento (no demostrado, desde luego) de que no se hubiese informado por los médicos a quienes debían decidir en el caso, acerca del riesgo mínimo que se corría con la intervención”. El Tribunal Supremo por su parte reconoce que “la circunstancia de no haberse informado debidamente a los representantes del menor de los graves riesgos de la operación no desempeña una virtualidad causal en el resultado dañoso producido, puesto que del relato de hechos de

valora la ausencia de consentimiento informado o la insuficiencia de la información acerca de los posibles riesgos de una intervención quirúrgica como un daño moral grave en sí mismo, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención; y ello con independencia de que el riesgo llegue a materializarse o no.

Tras esta sentencia, la Sala 1ª por su parte dictó algunas sentencias que continuaban ancladas en la doctrina del desplazamiento del riesgo; si bien, con la **STS 828/2003 de 8 de septiembre de 2003**, realiza un cambio de rumbo trascendental en la jurisprudencia civil al admitir, como había hecho la Sala 3ª, que la privación del derecho del paciente a obtener la información que le impida adoptar decisiones en relación con el tratamiento (nuevas consultas, elección de facultativo, demorar la práctica de la intervención, etc.), puede ser considerada autónomamente como daño resarcible.

Realmente, la sentencia citada de 4 de Abril de 2000 es la única sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que ha mantenido la posición de que la falta de información supone un daño moral, grave y distinto del daño corporal; por lo que no constituye ciertamente jurisprudencia al no suponer un criterio constante y reiterado en la decisión de casos semejantes. Y, efectivamente, se comprueba que cuando la Sala Primera inauguró la doctrina que había iniciado la Sala 3ª, ésta a partir de la **Sentencia de 26 de marzo de 2002**⁷³⁷ retrocedió hacia la doctrina anterior.

En la **STS (Sala 3ª) de 25 abril 2005**, probada la falta de consentimiento informado, la corrección de las intervenciones realizadas a la paciente y la imposibilidad de imputar a la Administración sanitaria la secuela padecida, concluye el TS que en “*el único daño que podemos imputar a la Administración es el daño moral que se ha derivado para la*

la sentencia de instancia que hemos aceptado se desprende que la operación se desarrolló adecuadamente, que era prácticamente necesaria y que, atendidas las circunstancias, la decisión tomada en el caso por el equipo médico de no aplazar la operación fue la esperable también de cualquier persona situada en la tesitura de arriesgarse a un porcentaje tan mínimo de riesgo como el de autos frente a un seguro futuro tan problemático respecto de la salud y en el momento en que ya empezaban los síntomas al respecto como era el de la hipertensión. Los daños corporales derivados de la operación no están, pues, ligados al funcionamiento anormal del servicio público sanitario y no son indemnizables”. Por todo ello, el TS resuelve conceder una indemnización inferior a la solicitada porque, a diferencia de los reclamantes, no considera que el daño solicitado sea el correspondiente a la lesión corporal sufrida, sino que indemniza el daño moral sufrido por la privación del derecho a la autodeterminación sanitaria.

⁷³⁷ La STS de 26 de Marzo de 2002 (dictada en recurso de casación para unificación de doctrina), se refiere a un caso en el que la interesada reclama que a consecuencia de realizarle una operación de varices, y por efectuarse sin la debida precaución, se le afectó el nervio safeno de la pierna, siendo la causa de los dolores que viene padeciendo. Determinándose que dichos dolores no guardan relación con la intervención y que pueden tener un componente depresivo en relación con dolores erráticos que sufre la interesada; el Tribunal concluye que al no existir lesión objetiva consecuencia de la intervención no puede imputarse la supuesta falta de consentimiento informado, independientemente de que haya sido correcta o no la información, volviendo por tanto a imponerse el criterio causal.

interesada por no habersele informado adecuadamente de las consecuencias que podría tener la intervención”, lo que valora en 6.010€. En definitiva, una derogación de la propia doctrina jurisprudencial que exige que la cuantía indemnizatoria compense un daño real susceptible de ser valorado económicamente para dar paso a la aceptación jurisprudencial de los daños punitivos como mecanismo de mejora de la calidad en la asistencia sanitaria. La misma abstracción de la causalidad entre el comportamiento negligente (omisión del deber de información) y el daño indemnizable se detecta en el Orden civil en las numerosas sentencias en que, dando por bueno que la actuación médica fue correcta y que el daño se habría producido igualmente, se condena a la indemnización por un daño moral grave, distinto, y ajeno al daño corporal derivado de la intervención.⁷³⁸

Más tarde, la **Sentencia de 4 de Diciembre de 2009** parece volver a aceptar la posibilidad de que la ausencia de consentimiento informado sea, por sí solo constitutivo de un daño moral por lesión de la autodeterminación del paciente, considerando su relevancia más allá de ser una trasgresión formal de la autonomía de la voluntad⁷³⁹. Por su parte, la **STS de 12 de Noviembre de 2010** señala que “*esa patente infracción produce a quien lo padece un daño moral reparable económicamente ante la privación de su capacidad para decidir que sin razón le fue sustraída.*” En cualquier caso, ello no significa que la falta de Consentimiento Informado comporte en sí misma siempre un daño moral; sino sólo en determinados supuestos, siendo necesario para que exista responsabilidad que la intervención revista una gravedad suficiente para permitir apreciar al Tribunal, en función de las circunstancias del paciente que se ha producido una vulneración efectiva de su derecho de autodeterminación, intimidad, dignidad o incluso su libertad de

⁷³⁸ Dentro de esta corriente, los Tribunales Superiores de Justicia de lo Contencioso-Administrativo también dictaron sentencias valorando la falta de Consentimiento Informado como daño moral autónomo; entre otras, la STSJ Madrid 129/2008, de 7 de Febrero de 2008: En la realización de un aborto terapéutico se produce una infección uterina y un hematoma uterino que obliga a que se le realice una histerectomía a la paciente, a resultas de la cual ya no puede tener más hijos. Consta Consentimiento Informado para anestesia, pero no sobre la interrupción provocada del embarazo, por lo que se entiende que la paciente no ha sido informada de los riesgos inherentes pese a ser un proceso con complicaciones. Esta omisión que es considerada, con arreglo a la doctrina del Tribunal Supremo, como un daño autónomo que ha afectado al derecho de autodeterminación y que debe ser por sí mismo indemnizado, como tal daño moral autónomo, independiente de los daños físicos y psíquicos por sí mismos no indemnizables al no ser antijurídicos ni guardar relación causal con la ausencia de Consentimiento Informado. Valorando la circunstancia de que la histerectomía era imprescindible para salvar la vida, el Tribunal entiende prudente reconocer una indemnización de 6.010,12€, recogiendo por tanto la cuantía punitiva de la que hablábamos anteriormente.

⁷³⁹ Dice la STS de 4 de Diciembre de 2009: “*Con independencia de que el consentimiento informado surge en defensa de la autonomía de la voluntad de la persona-paciente que tiene derecho a decidir, con el asesoramiento técnico adecuado, su sometimiento a un acto médico, es claro que en el caso de autos, hay algo más que una mera trasgresión formal de ese derecho de autodeterminación, en cuanto que un debido cumplimiento del consentimiento informado permitiría al recurrente decidir libremente, valorando los pros y los contras de los tratamientos posibles, cual era aquel que más le convenía.*”

conciencia⁷⁴⁰. En otro caso, la falta de Consentimiento Informado sería irrelevante desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial.⁷⁴¹

Y si bien el TS parece mantener el criterio de que la falta del derecho a la información del paciente constituye en todo caso una mala praxis ad hoc, pero no da lugar a responsabilidad patrimonial y a la consiguiente indemnización si del acto médico no se deriva daño alguno⁷⁴², se hace evidente la función preventiva de este tipo de condenas, al perseguir que no quede indemne la conducta de quien ignoró los derechos de los pacientes, facilitando una explicación aceptable desde la perspectiva del nexo causal. Sin perjuicio de que se moderen al mismo tiempo las consecuencias de tales infracciones, puesto que las condenas en estos casos resultan ser menores que las que corresponderían como indemnizaciones íntegras de las secuelas. No obstante, si lo que se pretende es castigar, más adecuado resultaría que la falta de información dé lugar a una responsabilidad deontológica o disciplinaria⁷⁴³, que realizar un uso indebido del procedimiento de responsabilidad patrimonial cuyo fin es reparar el daño y no sancionar conductas.

5º) TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDADES

Sostiene esta teoría que en aquellos supuestos en los que, a pesar de una buena praxis médica, se materializa alguna secuela o complicación que debió ser advertida al paciente antes de prestar su consentimiento, la ausencia o defectuosidad del Consentimiento Informado no constituye un daño moral resarcible por lesión del derecho de autodeterminación, con independencia del daño corporal, sino el que resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo posible y su posterior materialización. Por lo cual, la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han producido y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud del paciente. La ausencia de Consentimiento Informado sólo da lugar a responsabilidad patrimonial si con la actuación sanitaria se causa daño imputable a los Servicios Sanitarios, si bien sería indemnizable sólo en concepto de daño moral por la pérdida de oportunidad del derecho de todo paciente a tomar la decisión que crea oportuna en orden a esa actuación médica, al margen y con

⁷⁴⁰ STS de 6 de Abril de 2011 (Rec. C. 4998/2006) y STS de 7 de Diciembre de 2011 (Rec. C. 6613/2009), entre otras.

⁷⁴¹ XIOL RIOS (2010 bis). Pág. 82.

⁷⁴² Así lo expresa, entre otras, la STS de 2 de Octubre de 2012.

⁷⁴³ MONTERROSO CASADO, E. (2005) Pág. 5.

independencia de que el daño causado sea o no constitutivo de responsabilidad patrimonial.⁷⁴⁴

La privación de información o consentimiento comporta, pues, una pérdida de oportunidades para el paciente, que el Tribunal debe ponderar en función de las circunstancias concurrentes, modulando proporcionalmente la responsabilidad según el daño corporal padecido.⁷⁴⁵ De tal forma, que para cuantificar la pérdida del derecho de haber decidido, deberá tenerse en cuenta el acto médico realizado, las consecuencias naturales de sus dolencias, así como las opciones disponibles (no parece que deba de ser igual la indemnización del paciente que estaba en buenas condiciones de salud que otro que estaba grave).⁷⁴⁶ Así pues, la pérdida de oportunidad de elección habría de calcularse en función del daño biológico, multiplicado por el porcentaje de posibilidades que tenía el paciente de sustraerse a la operación realizada diligentemente.⁷⁴⁷

De acuerdo con XIOL RÍOS las teorías expuestas ni se contradicen ni tienen por qué ser excluyentes, señalando que: *“escoger sólo una de las teorías expuestas, supondría simplificar en exceso; entendiendo que la falta de Consentimiento Informado puede comportar una responsabilidad cifrada en el resarcimiento del daño a la salud originado por la materialización del riesgo, bien sea con carácter total, bien sea moderado en función de las circunstancias, en aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidades”*.⁷⁴⁸ De forma que todas ellas son fórmulas cuya aplicación va a depender del supuesto de hecho concreto.

6.2.- LAS DISTINTAS FORMAS DE RESARCIMIENTO DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO: POSIBLES SUPUESTOS

Una vez declarada la responsabilidad de la Administración por omisión o defectuosidad en la información o consentimiento informado, procederá seguidamente valorar el daño para cuantificar su resarcimiento. Sin embargo, no son homogéneas las respuestas que se ofrecen por nuestros Tribunales, indemnizándose en cada caso de una forma distinta, por lo que los criterios aplicables no se presentan ordenados en la doctrina jurisprudencial ni en cuanto a la concreción del contenido del daño ni en

⁷⁴⁴ A favor de esta teoría, se muestra HUERTA GARICANO, I. (2012). Pág. 156.

⁷⁴⁵ En este sentido cabe citar, entre otras, la STS (S. 1ª) 279/2012, de 16 de Enero de 2012.

⁷⁴⁶ MONTERROSO CASADO, E. (2005). Pág. 14.

⁷⁴⁷ Como ejemplo, cabe citar la STS (Sala 3ª), de 25 de Abril de 2005.

⁷⁴⁸ XIOL RÍOS, J. A. (2012). Pág. 22.

cuanto a la forma de calcular su indemnización. Se ha llegado a deducir al respecto que se ha preferido optar por la indeterminación, para así favorecer la falta de control y la solución de cada caso según convenga, en base a motivos estrictamente coyunturales.⁷⁴⁹

Por su parte, el Tribunal Supremo, a través de sus sentencias, como es la importante STS de 4 de Marzo de 2011 intenta una sistematización de los criterios de identificación y cuantificación del daño (corporal, moral y patrimonial) que puede resultar de la falta de Consentimiento Informado, señalando que sus efectos están especialmente vinculados al hecho de que la intervención sea necesaria o asistencial, o bien voluntaria o satisfactiva⁷⁵⁰ y dependiendo, además, de factores tales como: riesgos previsibles (independientemente de su probabilidad, o porcentaje de casos) y riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención; complicaciones o resultados adversos previsibles y frecuentes que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, incluidas las del postoperatorio; alternativas terapéuticas significativas; contraindicaciones; características de la intervención o de aspectos sustanciales de la misma.

En dicha sentencia se plantea que, una vez identificado el daño, la indemnización puede fijarse:

- Por los totales perjuicios causados, conforme a los criterios generales, teniendo en cuenta el aseguramiento del resultado (más vinculado a la medicina voluntaria que a la curativa, pero sin excluir ésta), la falta de información y la probabilidad de que el paciente, de haber conocido las consecuencias resultantes, no se hubiera sometido a un determinado tratamiento o intervención.
- Con el alcance propio del daño moral, en razón a la gravedad de la intervención, sus riesgos y las circunstancias del paciente, así como del patrimonial sufrido por lesión del derecho de autodeterminación, integridad física y psíquica y dignidad. Se valora así como daño resarcible la lesión del

⁷⁴⁹ ROVIRA, A. (2007). Pág. 24.

⁷⁵⁰ Teniendo en cuenta las distinciones que la Jurisprudencia impone en cuanto a la información que debe procurarse al paciente en cada una de esas clases, más rigurosa en la medicina necesaria que en la voluntaria, “*dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención necesaria o de una necesidad relativa*”. Y ello con base en la SSTS de 12 de febrero de 2007, 23 de mayo, 29 de junio y 28 de noviembre de 2007; 23 de octubre de 2008.

derecho de autodeterminación, o incluso “el sufrimiento psíquico” ante el desconocimiento.⁷⁵¹

- Por la pérdida de oportunidades o de expectativas, en las que no se identifica necesariamente con la gravedad y trascendencia del daño, sino con una fracción del daño corporal considerado en su integridad en razón a una evidente incertidumbre causal sobre el resultado final, previa ponderación de aquellas circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica (gravedad de la intervención, virtualidad real de la alternativa terapéutica no informada y posibilidades de fracaso).⁷⁵²

Recogiendo la fundamentación de la antedicha sentencia, la STS (Sala 1ª) Rec. Casación 948/2011, de 16 de Enero de 2012 (caso en el que tras una intervención de discectomía cervical, el paciente queda tetrapléjico y dependiente para las actividades de la vida diaria, estando el documento de consentimiento informado sin firmar, y sin que tampoco se haya podido confirmar la suficiencia de la información verbal), aplica la teoría de la pérdida de oportunidad y entiende que, descartada la negligencia en la intervención, no pudiéndose valorar como relevante la privación al paciente de tomar

⁷⁵¹ Es el interesante caso de la STSJ Castilla La Mancha núm. 36/2016, de 4 de Enero de 2016. Frente a la falta de Consentimiento Informado, la Aseguradora de la Administración aduce que no existían alternativas terapéuticas al margen de la intervención quirúrgica a la que fue sometido el paciente. El TSJ concluye que así es y que se trataba de una intervención urgente, determinándose que no hay relación causal entre la falta de consentimiento informado y el daño corporal, por lo que no cabe cuantificar en base a tal daño, si bien existen dudas de que el paciente quizás habría decidido no operarse. Por ello entiende el Tribunal que es indemnizable el daño moral derivado de la privación del derecho de autodeterminación, si bien se considera un daño moral que cabe presumir “de relativa entidad” al tratarse de una intervención cuya realización determinó la evitación de un perjuicio superior al padecido. El Tribunal reconoce una indemnización de 45.000€, por el “sufrimiento psíquico” en que se materializa el daño moral.

⁷⁵² En este sentido, la Sentencia 676/2013 del TSJ Madrid Sección nº 10, de 24/9/2013 señala: “Respecto de la fijación de la indemnización que debe ser reconocida a la actora, debemos insistir en que en los supuestos en los que la condena de la Administración Sanitaria viene dada por la omisión o deficiencia del consentimiento informado, lo que en realidad se indemniza es la pérdida de oportunidad del paciente de haberse sustraído a la actuación médica si hubiere conocido los riesgos antes de llevarse a efecto, matiz relevante para modular, moderar o mitigar la cuantía indemnizatoria, y es que la relación de causalidad en estos supuestos debe buscarse entre la omisión de la información y esa posibilidad de haber rechazado la intervención médica cuyos riesgos han cristalizado, y no entre la omisión de la información y el daño materializado tras su práctica, de suerte que a la hora de concretar el importe de la indemnización a conceder no se pueden tener en cuenta con carácter exclusivo las secuelas e incapacidad de la parte recurrente, puesto que cuando se aprecia únicamente la vulneración de las normas reguladoras del consentimiento informado lo indemnizable es el daño moral derivado de haber privado al paciente de la información necesaria sobre los posibles riesgos y complicaciones a fin de que adoptase la decisión que reputaba más conveniente, debiendo siempre tener en cuenta que el previo estado físico de la paciente era deficitario ya que precisamente acudió a la Administración Sanitaria por padecer enfermedad”. En este caso, sobre las lesiones causadas a consecuencia de la realización de un TAC con contraste yodado, el Tribunal tiene en cuenta que el previo estado físico de la paciente era deficitario, ya que precisamente decidió someterse a la realización del TAC con contraste yodado como alternativa de tratamiento para el cáncer con metástasis que padecía, concediendo una indemnización de 18.000€. Con el mismo criterio, la misma sección del TSJM en sentencia 510/2013, dictada el 19 de Junio de 2013, en una reclamación por mala praxis en tratamiento de fractura, fija una indemnización de 12.000€, al entender que no existía, o al menos no se sugirió en autos, alternativa alguna de tratamiento de la fractura que presentaba el paciente.

las decisiones más convenientes a su interés, el daño que origina responsabilidad es el que “*resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo muy bajo y de su posterior materialización, de tal forma que la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud del paciente. La negligencia médica ha comportado una pérdida de oportunidad para el paciente que debe valorarse en razón a la probabilidad de que, una vez informado de estos riesgos personales, probable o típicos, hubiera decidido continuar en la situación en la que se encontraba o se hubiera sometido razonablemente a la intervención*”. Existe en este caso una evidente incertidumbre causal sobre la secuencia que habrían tomado los hechos en caso de que el paciente hubiera sido informado, en base a la cual y dentro del ámbito de causalidad material que resulta de la sentencia, el Tribunal hace efectivo el régimen especial de imputación probabilística que permite reparar parcialmente el daño (como es la pérdida de oportunidad). Para ello, toma en consideración un doble daño: el corporal derivado de la intervención y por otro lado, el detrimento de la capacidad de decisión del paciente que decidió someterse a la intervención sin el beneficio de conocer qué consecuencias podía conllevar para su salud.

En todo caso, los conceptos que comportan la indemnización van a estar condicionados por el tipo de supuesto ante el que nos encontramos, dependiendo del modo en que la *Lex Artis* ha quedado quebrada, de las secuelas producidas, y las circunstancias concurrentes. A este respecto, para concretar el contenido del daño moral causado y determinar el importe de la indemnización, la doctrina jurisprudencial tiene en cuenta frecuentemente la edad del paciente, necesidad de la intervención, la evolución o irreversibilidad de las secuelas, la pérdida de calidad de vida y otras circunstancias singulares del caso⁷⁵³. Por lo tanto, es el asunto concreto el que da las pautas para la valoración, si bien con el ánimo de realizar una sistematización de soluciones, podríamos catalogar las siguientes situaciones tipo:

6.2.1.- POSIBLES SUPUESTOS

A) ACTUACIÓN MÉDICA CORRECTA

a.- Infracción del consentimiento sin lesión física alguna del paciente:

⁷⁵³ Así lo expresa la STSJ Madrid 222/2016, de 11 de Mayo de 2016 recogiendo la doctrina de las STSS (Sala 3ª) de 21 de Marzo de 2007, 1 de Febrero de 2008, 26 de Marzo de 2012, entre otras.

Siendo correcta la asistencia sanitaria, y no producido daño corporal alguno, la información y/o consentimiento defectuosos constituirían un daño moral por vulneración del derecho a la autonomía del paciente, a la libertad personal y del derecho a la auto disposición sobre el propio cuerpo (en terminología utilizada por la jurisprudencia)⁷⁵⁴; es decir, una infracción a la *Lex Artis* en su vertiente informativa y de consentimiento, pero sin consecuencia física alguna.

Resulta evidente que en estos supuestos, la responsabilidad patrimonial no puede extenderse al reconocimiento de una indemnización de idéntica cuantía que la que se reconocería de haberse apreciado mala praxis médica, por cuanto el contenido de la indemnización tiene un concepto resarcitorio distinto. En este último supuesto, abarcaría los daños físicos y secuelas derivadas del acto médico en directa relación de causalidad; mientras que en el caso de mala praxis “*ad hoc*” por la falta de tal consentimiento, el contenido de la indemnización sólo podría extenderse a los daños morales. Y es que resulta contrario al principio de causalidad que preside el instituto de la responsabilidad patrimonial la indemnización de unos daños que no se han producido por aquella causa, por lo que deberá constreñirse exclusivamente a la indemnización por daños morales, tal y como se ha decantado en una consolidada jurisprudencia el Tribunal Supremo y los diversos Tribunales Superiores de Justicia.⁷⁵⁵

b.- Infracción del consentimiento informado por omitir los riesgos, complicaciones y contraindicaciones de la intervención, que ocurren produciendo lesión física

Cuando la infracción del consentimiento informado viene dada por el incumplimiento de la exigencia de informar previamente de los riesgos y contraindicaciones del concreto acto médico (obligación prevista en el art. 4.1 de la Ley 41/2002), tal falta de información conlleva un daño corporal, al materializarse el riesgo previsible dejado de advertir.

En este supuesto, y como anteriormente señalábamos, para calcular la indemnización, ha de valorarse la probabilidad -o no- de que el paciente, de conocer tales riesgos o contraindicaciones, atendidos dichos riesgos en relación con sus circunstancias personales, se hubiera sometido a la intervención médica. Caso a caso habrían de

⁷⁵⁴ V.gr. las STSS (Sala 1ª) de 12 enero y 11 mayo 2001.

⁷⁵⁵ No obstante, y si bien puede esgrimirse al respecto una lesión o daño moral efectivo por falta de Consentimiento Informado, lo cierto es que la experiencia pone de manifiesto que quien reclama por este motivo a pesar de no haber padecido ningún daño físico, no lo hace realmente por haberse visto lesionado en su autonomía o en su dignidad o espiritualidad, sino por insatisfacción con respecto al resultado de la intervención o tratamiento realizado.

sopesarse situaciones en las que se deduciría una voluntad concluyente del enfermo de someterse a la intervención ante la inexistencia de alternativas⁷⁵⁶; pero esto resulta a veces imposible o por lo menos muy complicado, por la dificultad que supone adivinar las conductas humanas.

Concurriendo por tanto un daño físico (no derivado de mala praxis) con un daño moral, la valoración puede también realizarse determinando como daño indemnizable la lesión física. En su virtud, la cuantía de la indemnización se fija (según baremo de tráfico), por las secuelas padecidas al materializarse el riesgo, sin distinguir si se indemniza por daño físico o moral o por los dos (en este sentido, ha de recordarse que en el baremo de tráfico, los daños morales se incluyen en el valor de las secuelas).⁷⁵⁷ En otros casos, ante la dificultad de su valoración, el Tribunal ha optado por una valoración a tanto alzado.⁷⁵⁸

c.- Infracción del consentimiento informado al omitir secuelas de la intervención, que se producen ocasionando daño corporal:

Como en el supuesto anterior, en estos casos el Consentimiento Informado se presta de forma irregular al excluirse información obligada como son las posibles secuelas que pueden derivarse del acto médico, afectando a la salud del paciente por la cristalización de dichas secuelas a pesar de ser la praxis médica correcta. Son tales lesiones las que se indemnizan, valorando las probabilidades de que el paciente hubiera o no aceptado la intervención, de haber conocido previamente al consentimiento la existencia de tal secuela. Existiendo una relación de causalidad entre el Consentimiento Informado irregular y el daño físico, al igual que en el caso

⁷⁵⁶ STS (Sala 1ª), de 27 de abril de 2001 y de la Sala 3ª de 3 de octubre de 2000.

⁷⁵⁷ Como ejemplo, podemos citar el dictamen del CC Comunidad de Madrid núm. 430/15, de 30 de Septiembre de 2015: Se interviene a una paciente de paratiroidectomía para extirpación de nódulo sugestivo de adenoma de paratiroides, la praxis es correcta, pero sufre perforación esofágica que le causa infección y necesidad de reintervención urgente. Reclama que no fue informada de ese riesgo y la cicatriz que le ha quedado. En la valoración del daño se considera la perforación y su tiempo de curación pero no las secuelas incluidas en el Consentimiento Informado, reconociendo una indemnización de 18.206,33€.

⁷⁵⁸ Es el caso, entre otros, de la STSJ Murcia 1034/2015, de 27 de Noviembre de 2015, en la que se reclama por una complicación de un procedimiento quirúrgico de descompresión de la médula espinal, que estaba previamente afectada, y severamente estrechada por la propia patología del enfermo, y que pudo ser agravada por una hipoperfusión de la médula espinal durante la operación. El tratamiento quirúrgico era claro, porque la situación previa a la intervención era de evidente riesgo de lesión irreversible y de importante deterioro por patología degenerativa de la zona (incluso tenía carácter preferente por la repercusión importante de demorar la cirugía), y ello pudo incidir en que ocurrieran las complicaciones. Se considera que no hubo mala praxis y que incluso la adaptación de los recursos a los hallazgos intraoperatorios es prueba de una correcta asistencia. No consta documento de Consentimiento Informado específico para la segunda cirugía que ha de realizársele ni para las posteriores cirugías urgentes; y aunque hay ciertos indicios de que se produjo alguna información verbal, lo cierto es que no queda del todo claro su alcance, sobre todo en relación con los riesgos concretos de las intervenciones. Ello se traduce en un daño moral, cuya indemnización se fija en la cantidad de 10.000€.

anterior, la cuantía de la indemnización se calcula de forma global, habitualmente, según baremo de tráfico.

d.- Infracción del consentimiento informado al omitir la existencia de alternativas médicas acreditadas con daño corporal:

Si se omite la información relativa a las alternativas existentes, el daño deriva de que se le cause al paciente unas secuelas que podrían haberse evitado si no se hubiera sometido a la intervención y seguido el tratamiento alternativo posible y previsto médicamente - sin su consentimiento, al no haberle informado debidamente-. La indemnización debería fijarse teniendo en cuenta las circunstancias personales del paciente, y sopesando las posibles ventajas del tratamiento alternativo frente al tratamiento seguido, si bien ante la dificultad de realizar tal ponderación, es frecuente que la indemnización se fije a tanto alzado.⁷⁵⁹

e.-Infracción del consentimiento y ocurrencia de un riesgo imprevisible ocasionando lesión corporal

Cuando el daño causado deriva de fuerza mayor o de un riesgo que no puede preverse, por ser atípico, no cabe considerar que exista vulneración alguna del Consentimiento Informado y por tanto no es exigible responsabilidad al respecto, ya que siendo imprevisible no era evitable, rompiéndose la relación de causalidad entre la falta de información y el daño producido. Y es que, enmarcada la información que ha de preceder al consentimiento en unos estándares de razonabilidad, no es exigible una información que abarque situaciones ajenas al concreto acto médico, salvo que

⁷⁵⁹ Sirve como ilustración la STSJ Madrid 577/2015, de 17 de Septiembre de 2015: en relación a una intervención de cataratas de ojos se le produjo al paciente un síndrome de iris flácido intraoperatorio, quedando la córnea definitivamente descompensada (agudeza visual nula a más de 30 cm). No se determina una incorrecta asistencia sanitaria. Se firmó el Consentimiento Informado para anestesia, y si bien se recoge en la historia clínica la existencia de información verbal sobre las intervenciones a las que se le iba a someter, el Tribunal considera que ello no resulta suficiente para suplir la falta de firma de los correspondientes consentimientos informados pues, al desconocerse cuales fueron los términos precisos de esa eventual información verbal, se ignora si el paciente conocía con suficiente detalle no sólo el procedimiento sino también las alternativas al mismo, sus riesgos y complicaciones, así como las secuelas que podían derivarse de las intervenciones, que no se llevaron a cabo en una situación de urgencia sino mediante cirugías programadas, de manera que no existía ningún peligro para la salud del paciente que obligase a intervenir sin que hubiese firmado previamente los Consentimiento Informado, lo que resultaba obligado. Por ello entiende que se ha cometido una infracción de la *lex artis*, no pudiendo afirmar que haya existido conformidad libre, voluntaria y consciente del paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada para que tuvieran lugar las intervenciones. Se estima la indemnización en 10.000€ señalada por la parte reclamante como indemnización por la falta de Consentimiento Informado por lesión antijurídica del derecho subjetivo de autonomía del paciente del que es titular, y la repercusión que la vulneración de dicho derecho ha tenido para él, al haberle quedado secuelas derivadas de la intervención quirúrgica de la que no fue correctamente informado.

los documentos de consentimiento informado fueran tan amplios que dieran cabida a todo tipo de hipótesis.⁷⁶⁰

En este sentido, el TS ha venido sosteniendo que deben quedar fuera del resarcimiento los casos de riesgos atípicos, imprevisibles o infrecuentes, *“pues aún con un estricto respeto a las reglas del Consentimiento Informado no se habría podido informar sobre esos extremos”*.⁷⁶¹

A este respecto, resulta ilustrativo el Dictamen del C.C. de la Comunidad de Madrid núm. 285/2014, de 18 de Junio de 2014. Se realiza intervención quirúrgica por padecer un carcinoma renal, y al intentar extraer el drenaje, éste se parte quedando un trozo dentro del cuerpo de la paciente, requiriendo otra intervención con anestesia general. Se denuncia también la falta de información sobre esa complicación. Determinado en los informes que se trata de una complicación casi excepcional (“muy rara”), entiende el Consejo que *“no parece razonable que esa improbableísima complicación se incluyera en ningún documento de Consentimiento Informado, pues no pudo preverse ni evitarse, por lo que no se trata de un funcionamiento anormal; procediendo desestimar por no ser daño antijurídico y no existir indebida ausencia de información”*. A ello se formula, no obstante, voto particular discrepante que señala sin embargo que resulta más adecuado a la responsabilidad objetiva estimar por el otro daño de la intervención, al no haber ofrecido explicaciones la Administración sobre por qué ocurrió.

f.- Omisión de consentimiento informado con lesión física

La realización de una intervención sin que se recabe el debido consentimiento informado del paciente -o de los familiares en su caso- equivale como hemos señalado a una mala praxis, de forma que puede considerarse que se privó a la paciente del conocimiento suficiente de la intervención que iba a soportar y de los beneficios que de ella derivarían, pero también de las consecuencias que de la misma podrían surgir en forma de posibles complicaciones, aun practicándose la intervención conforme a *lex artis*. La inexistencia del Consentimiento Informado otorga el derecho a la indemnización, no por las consecuencias derivadas del acto quirúrgico, sino porque se vulneró un derecho del enfermo irrenunciable a decidir por sí, si quería o no asumir los riesgos inherentes a la intervención a la que iba a ser sometido y la vulneración de ese derecho es indemnizable.

⁷⁶⁰ En este sentido, podemos señalar la importante STS de 4 de Diciembre de 1999.

⁷⁶¹ Así se pronuncia en la STS (Sala 1ª) de 21 diciembre 1998.

Como ejemplo, podemos traer a colación la STSJ Madrid 6 de Noviembre de 2015: se reclama por la paciente que a raíz de las intervenciones realizadas en las hernias discales cervicales tras no mejorar con previo tratamiento conservador a lo largo del año 2008, le surgen complicaciones que le producen secuelas. No existe Consentimiento Informado escrito para la segunda intervención quirúrgica. El Tribunal considera que si en el acto médico en sí no se ha acreditado la existencia de una mala praxis médica, no deben imputarse a la falta de consentimiento informado las consecuencias negativas de la intervención. En este caso, había una importante presión derivada de las circunstancias para asumir el riesgo de la 2ª intervención, en busca de una mejoría de la situación preexistente, lo que lleva a considerar que la omisión de esa expresa información no fue esencialmente determinante del sometimiento de la paciente a la intervención quirúrgica, asumiendo el riesgo de la misma ante la presión existente, lo que no hubiera ocurrido si la clínica hubiera sido inexistente o leve lo que no era el caso. Además, deben valorarse las secuelas producidas por la materialización del riesgo sobre el cual no se había proporcionado esa expresa información. Dichas secuelas no se contraen al estado de la paciente tras la intervención, ya que anteriormente a la misma la situación era de importancia, y de hecho consintió en la primera intervención, pero no así respecto a la segunda, que aun siendo necesaria, no fue debidamente informada con el correspondiente Consentimiento Informado. El Tribunal fija por ello una indemnización de 18.000€.

g.- Falta del documento de consentimiento informado en la Historia Clínica

Se trata del caso en el que si bien se aduce por el centro sanitario que sí se recabó el oportuno consentimiento informado del paciente, el documento no aparece incorporado a la historia clínica; en otras palabras, lo que falta es el impreso debidamente cumplimentado. Se trata por tanto de una inobservancia por parte del centro del deber de custodia de la historia clínica; si bien también puede ser considerado como la falta de prueba del consentimiento, indemnizándose con los mismos efectos que si no se hubiera cumplimentado.⁷⁶² Observamos que realmente se prima la existencia del documento, pues en muchos casos, del conjunto de todos los elementos de juicio, resulta acreditado que el paciente sí había sido informado y que había consentido la intervención, y sin embargo, se “penaliza” el hecho de que el documento no aparezca incorporado a la historia clínica o al expediente administrativo.

⁷⁶² Así lo expresa la STSJ de Madrid 825/2015, de 15 de Diciembre de 2015, al señalar: “*Pudiera ser que la ausencia de algún documento de consentimiento informado fuera debida a un problema de custodia y no a su inexistencia radical y absoluta, pero lo cierto es que el problema sigue siendo el mismo para la Administración, pues sobre ella pesaba la carga de aportarlos al proceso y acreditar así la válida obtención del Consentimiento Informado respecto de cada una de las intervenciones*”.

Así ocurre, por ejemplo, en el dictamen 502/2016, de 3 de Noviembre de 2016, dictado por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid. Dicho dictamen versa sobre la reclamación que formula un paciente por las secuelas que padece tras serle extirpado un ganglión de la muñeca derecha, para la que dice que no dio su consentimiento. La Comisión señala que de la documentación obrante resultan indicios de que se ofreció al paciente información de la intervención y sus riesgos; que la cirugía practicada tuvo carácter ambulatorio y no implicó la realización de un acto médico de especial entidad; que el paciente ya había sido intervenido quirúrgicamente años atrás de la misma patología pues se estaba en presencia de una recidiva de ganglión y no le era desconocida la práctica a realizar, y que la intervención fue realizada a petición del propio reclamante. En atención a dichas circunstancias que sirven de sustento probatorio para rebatir las alegaciones del reclamante, y por tanto que debieran conducir a la desestimación de la reclamación, sin embargo se considera adecuado reconocer una indemnización simbólica de 300€, por entender que “no existe constancia fehaciente” de que el paciente recibiera la información a la que tenía derecho al no constar el consentimiento informado para esa actuación.

B) ACTUACIÓN MÉDICA INCORRECTA

a.- Falta de consentimiento informado o información y lesión física

En estos supuestos se da una doble infracción de la *Lex Artis*, por un lado en cuanto a la técnica médica y además en cuanto al consentimiento informado, por lo que en este caso, el daño inherente a la falta de Consentimiento Informado viene a sumarse al daño físico, y por tanto ambos vendrían a formar parte de la cuantía indemnizatoria. Al reconocerse una indemnización global comprensiva de todos los conceptos, se presenta la problemática de poder desglosar la cuantía que se asigna a la reparación del daño físico y la que se atribuye al daño moral por la omisión del Consentimiento Informado⁷⁶³. Esta circunstancia podría resultar un inconveniente en aquellos casos en los que el daño moral está expresamente excluido en la póliza suscrita entre la Administración y una Compañía Aseguradora, y que obliga a tener que debatir y acordar qué cantidades se aplican a cada partida.⁷⁶⁴

⁷⁶³ A modo de ejemplo, podemos citar la STS (Sala 3ª) de 22 de Julio de 2014, que confirma la STSJ de 18 de Octubre de 2012, en el que se estima de forma global una indemnización de 968.248€ -cantidad solicitada por la reclamante- por los daños ocasionados por mala praxis y falta de Consentimiento Informado.

⁷⁶⁴ Es el caso de la STSJ Madrid 381/2014, de 14 de Mayo de 2014, que condena a la Administración al abono de una indemnización de 62.406,58€, cantidad solicitada en demanda, comprensiva del daño físico y el daño moral por consentimiento informado insuficiente.

En otros casos, una vez se ha determinado la vulneración de la *lex artis* en cuanto a la técnica médica, el Tribunal ha entendido que al suponer ya de por sí la existencia de responsabilidad patrimonial, no es necesario entrar en el examen de las cuestiones relacionadas al consentimiento informado⁷⁶⁵, de manera que el daño relativo a la falta de consentimiento queda subsumido en el daño ocasionado por la asistencia.

6.2.2.- ¿QUIÉN PUEDE SER INDEMNIZADO EN MATERIA DE INFORMACION O CONSENTIMIENTO?

Visto que el titular del derecho a ser informado y prestar el debido consentimiento es el paciente con capacidad suficiente, será éste quien por lo general será indemnizado cuando tales derechos se han quebrantado. En este punto, con respecto a la legitimación para instar el resarcimiento de los daños producidos por la inexistencia o la insuficiencia del consentimiento informado, se ha venido señalando que dichos perjuicios constituyen un daño moral que, como tal, tiene carácter personalísimo, y por tanto es intransmisible a los herederos.⁷⁶⁶ Y ello por deducción de lo dispuesto en el art. 5.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (LBRAP), que contempla como titular del derecho a la información al propio paciente; predicándose por el TC el carácter de daño moral de su inobservancia.⁷⁶⁷

Sorprendente resulta la solución dada por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid⁷⁶⁸ (Dictamen 46/16, 28 de Abril de 2016), que recogiendo esa tesis sobre el carácter personalísimo de dicho daño, termina indemnizando a los familiares de la paciente fallecida por su daño moral en base al defecto del consentimiento informado. Reclaman los hijos por entender que hubo praxis en la intervención realizada a su madre (toracocentesis), y que se produjeron unas complicaciones de las que no se le informó, desconociendo los riesgos reales de la intervención. La Comisión señala que el hospital no ha explicado debidamente las razones del resultado y que el documento de consentimiento informado no recogía la referencia a un posible desgarró del tipo del que sufrió la madre de los reclamantes. Termina citando el baremo de tráfico para cuantificar los daños, si bien dice atemperar

⁷⁶⁵ Así lo expresa la STSJ Asturias 119/2016, de 26 de Febrero de 2016.

⁷⁶⁶ Tal es el criterio del anterior Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (dictámenes 61/13, de 27 de febrero y 96/14, de 5 de marzo).

⁷⁶⁷ STC 37/2011, de 28 de marzo, señala que por defectos o falta del consentimiento informado se inflige: “... un daño moral que nace per se por el mero hecho de obviar al paciente una información que le es debida, incluso si se prueba que la intervención fue correcta y necesaria para mejorar la salud del enfermo.”

⁷⁶⁸ La Comisión Jurídica Asesora ha venido a sustituir en sus funciones al anterior Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en virtud de la Ley 7/2015, de 28 de Diciembre de Supresión del Consejo Consultivo

la indemnización (sin ponderarse en base a qué) para terminar reconociendo a cada hijo la cantidad de 3.000€ (que como veremos más adelante parece responder a la cifra estándar reconocida en anteriores dictámenes para casos de defecto en el consentimiento informado). A nuestro juicio, por tanto, la Comisión finalmente no resarce el daño moral derivado del fallecimiento, sino el inherente a la falta de información, a pesar de defender en su fundamentación su carácter personalísimo.

Sin embargo, no habría sido necesaria tal incongruencia, cuando la propia jurisprudencia del TS tiene reconocida legitimación a favor de familiares en estos supuestos.⁷⁶⁹

Es, por ejemplo, el caso de la STSJ de Madrid de 11 de Febrero de 2015, referida a la reclamación por fallecimiento del esposo y padre de los interesados, a consecuencia de una defectuosa asistencia y carencia de información del paciente. No firma el consentimiento informado para la biopsia cerebral que le realizan, pese a no estar en situación de urgencia, ni se informa a él ni a su familia, por lo que no pudo decidir. A resultas de dicha biopsia sufre hemorragia cerebral y fallece. Posteriormente, se determina que si no le hubieran realizado dicha biopsia no habría fallecido ese día, si bien no se considera inadecuada dicha prueba. El Tribunal dice no compartir la tesis de la demanda de que la omisión de consentimiento informado hubiera lesionado derechos subjetivos de los familiares (porque antes de la intervención el paciente estaba capacitado para decidir y ser informado); pero acogiéndose a la doctrina del Tribunal Supremo, se reconoce económicamente indemnizable dicho daño a los familiares directos del paciente. A la hora de valorar el daño se tiene en consideración que *“no es tan claro que hubiera rechazado la biopsia”* y que *“el resultado letal se produjo por la materialización de un riesgo conocido del que el paciente no fue informado”*, reconociendo una indemnización de 30.000€ como daño moral en su conjunto, por la lesión subjetiva del paciente y la repercusión de dicha vulneración al haber fallecido por la complicación de la prueba invasiva no informada.

Por tanto, podemos concluir que respecto a la legitimación en materia de consentimiento informado, volvemos a encontrar heterogeneidad de criterios, dependiendo de cada caso que se plantea.

6.2.3.- EL CARÁCTER SANCIONADOR DE LA INDEMNIZACIÓN POR LA FALTA DE CONSENTIMIENTO: ¿LA REMINISCENCIA DE UNA ENMIENDA NO APROBADA?

⁷⁶⁹ Vid., entre otras, la STS Sala 3ª. de 26 de Marzo de 2012.

Cuando estamos ante la vulneración del derecho al consentimiento informado, sin asociarse a secuela alguna, son distintas las repercusiones que Tribunales y Órganos Consultivos atribuyen a este tipo de hechos, observándose incluso en numerosos casos –como ya adelantábamos- la instauración por su parte de un mecanismo indemnizatorio, que más bien parece responder a un sistema sancionador a través de la imposición de indemnizaciones tipo (6.000€ por falta de consentimiento informado y 3.000€ por defectos de consentimiento).⁷⁷⁰

Curiosamente, nos parece vislumbrar en esta práctica el antiguo propósito de establecer la imposición de sanciones para el incumplimiento de los deberes en materia de consentimiento informado, que se propuso como enmienda en los debates parlamentarios de la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente, y que finalmente fue desechada. Dicha enmienda fue formulada en el Senado por uno de los Grupos Parlamentarios, aludiendo a que la trascendencia de la regulación de los derechos reconocidos al paciente en dicha Ley, y las correlativas obligaciones aconsejaban establecer un régimen sancionador específico, sin perjuicio de la aplicación de normas de carácter general en materia procedimental. De tal forma que se propuso un régimen sancionador clasificando las infracciones contenidas en la Ley como muy graves, graves o leves. Se tipificaba como infracción muy grave entre otros, el hecho de no recabar el consentimiento informado en los casos exigidos en la Ley y como infracción grave el incumplimiento reiterado del deber de obtener el CI de la persona afectada antes de realizar cualquier intervención, así como el no obtener por escrito el consentimiento informado en los supuestos previstos. Se preveían sanciones de hasta 3.000€ para las infracciones leves, de 3.001€ hasta 15.000€ para las graves y 15.0001€ hasta 600.000€, para las muy graves; señalándose, además, que para la graduación de las sanciones se tendría en cuenta el riesgo para la salud, el grado de intencionalidad, el perjuicio ocasionado en la intimidad o en la autonomía del paciente, el beneficio obtenido o cualquier otra circunstancia relevante.⁷⁷¹ Sin embargo, finalmente dicha enmienda no fue incorporada al texto final, lo que fue visto como un

⁷⁷⁰ Podemos observar esta práctica tanto en sentencias como en dictámenes de los distintos órganos consultivos. Por ejemplo, cabe citar la STSJM 332/2016, de 29 de Junio de 2016, relativa a la falta de información por no existir consentimiento informado en una intervención de prótesis, a pesar de afirmar que se valora la potencialidad de que el paciente se hubiera intervenido igualmente y que habría accedido a la intervención, fijando como indemnización de daño moral la citada cifra de 6.000€. Igualmente, como ejemplo, el Dictamen 358/13, de 4 de Septiembre de 2013 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, impone una indemnización de 6.000€ por falta de Consentimiento Informado, sin perjuicio de que la interesada no reclamara expresamente por este concepto, lo que resultaría una incongruencia *extra petitum*.

⁷⁷¹ Enmiendas núm. 45 y 46 (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VII Legislatura. Serie III A: Proposiciones de Ley del Senado 19 de Septiembre de 2002. Pág. 40.- Enmiendas 622/000010 Presidencia del Senado (17/9/2002).-Disponble en internet.: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw7&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28SEIII2002091900110f.CODI.%29#\(Página25\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw7&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28SEIII2002091900110f.CODI.%29#(Página25))

error por parte de algunos grupos parlamentarios, que vieron en ello la pérdida de una magnífica ocasión para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contempladas en la Ley, por entender que había primado el interés de los colectivos profesionales, y que había quedado cojo el texto de la Ley.⁷⁷²

Esta práctica que resulta equivocada, a nuestro juicio, corre el peligro de ser arrastrada por la Administración en su afán de sistematizar también sus indemnizaciones, conformando precedentes que pueden ser mal utilizados, pues ni todos los casos son iguales ni en todos pueden determinarse las mismas repercusiones jurídicas. Se observa así la imposición de dichas “cuasi sanciones”, sin ni siquiera realizar el previo proceso intelectual de valorar qué probabilidades de no consentir existían o si concurría algún supuesto de exención de obtener ese consentimiento, o si el riesgo era previsible o no en el caso del paciente.

Por otro lado, si la praxis ha sido correcta, y no se ha ocasionado daño corporal alguno ¿qué daño real ocasiona una información defectuosa, si no se le ha privado al interesado de adoptar una decisión acertada, al haber sido exitosa la intervención realizada? En este sentido, en el caso de tratamientos que si bien no han sido consentidos producen la curación del enfermo, el Tribunal Supremo ha señalado que no hay daño en el sentido del art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre, y por consiguiente no procederá otorgar indemnización alguna, con independencia de que la conculcación del deber legal de obtener consentimiento pueda dar lugar a sanciones disciplinarias.⁷⁷³

Cabe entonces también preguntarse ¿por qué si una mala praxis clínica que no ocasiona daño no es indemnizada, lo ha de ser una mala praxis en cuanto a la información, si no ha tenido ninguna repercusión objetivable? La respuesta parece ser

⁷⁷² [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw7&DOCS=1-1&QUERY=%28CDP200210310201.CODI.%29#\(Página10096\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw7&DOCS=1-1&QUERY=%28CDP200210310201.CODI.%29#(Página10096)). Se entendió así que finalmente la Ley sólo tenía una previsión “ridícula” en cuanto al ejercicio de la potestad sancionadora al referirse únicamente a la LGS de 1986, a pesar de que lo que esta Ley tutela merecería haber tenido un catálogo amplio de infracciones y sanciones.

⁷⁷³ Así lo expresa en STS de 10 de Febrero de 2009 (rec. casación 6997/2004), añadiendo que *“Ciertamente podrá ser tachada de paternalista y, en ciertas circunstancias, ser castigada; pero si no se produce un mal al paciente, no hay daño en sentido técnico-jurídico”*. Es el caso que recoge, por ejemplo, la STSJ Extremadura 285/2011, de 22 de Diciembre de 2011, referente a una paciente que como complicación del parto sufre la rotura del útero. La única posibilidad de curación de la paciente era la histerectomía total, sin ningún tipo de alternativas quirúrgicas o de otro tipo. Se trataba de una intervención urgente que conllevaba un riesgo vital. La intervención se realizó satisfactoriamente y la paciente se recuperó; debiendo tenerse en cuenta que no es hasta el momento en que se inicia la cirugía cuando los médicos pueden efectuar un diagnóstico y proceder de acuerdo con el alcance de la infección a extirpar los órganos dañados, siendo de todo punto impensable preguntar en tal momento al paciente o a sus familiares.

el especial interés de nuestros Tribunales en castigar el hecho de que la información no se preste en buena forma; es decir, de reprimir y castigar lo que se entiende una mala conducta, a fin de ir consiguiendo que los centros y las Administraciones tomen medidas para garantizar la observancia de un derecho que, como enunciábamos, está hoy en día ya en lo más alto de la escala de derechos de la persona.

7.- EL CÁLCULO DE LAS INDEMNIZACIONES POR FALTA DE INFORMACION O CONSENTIMIENTO INFORMADO: MÉTODOS EMPLEADOS.

Sin perjuicio del estudio del resarcimiento del daño moral que, de forma general, efectuaremos más adelante en el siguiente capítulo, la cuantificación de la infracción de la información o consentimiento informado merece un especial detenimiento.

Como hemos visto, el TS ha admitido en numerosas sentencias que la omisión o defectos sustanciales del Consentimiento Informado constituye una vulneración de la *lex artis* y un funcionamiento anormal del servicio público sanitario que produce un daño moral económicamente indemnizable al paciente⁷⁷⁴. Para su cuantificación, el TS equipara su indemnización con el “*pretium doloris*”, y haciendo referencia al innegable subjetivismo que acompaña siempre a ese daño moral⁷⁷⁵, pone de relieve la gran dificultad que supone fijar una indemnización, que obliga a tener que ponderar la cuantía de un modo estimativo atendiendo a las circunstancias concurrentes (entre otras, la edad de la persona afectada, la necesidad de la intervención practicada, el riesgo que afrontó el paciente sin la debida información, etc). Con ello, se da lugar a cantidades que abarcan una amplia horquilla en función de la casuística.

Esto supone, que, ni siquiera con carácter orientativo, proceda fijar la cuantía de la indemnización con base en módulos objetivos o según las tablas indemnizatorias de tráfico⁷⁷⁶, ya que aunque éstas comprenden los daños morales inherentes a los daños corporales (ya incluidos en la valoración de los puntos)⁷⁷⁷; no incluyen un daño moral por omisión de información para obtener el consentimiento. Sin embargo, algunos autores, en un intento de no salirse de tal sistema, encuentran la mayor analogía en el concepto “daños morales complementarios” previsto en el caso de secuelas de

⁷⁷⁴ Por todas, SSTs 27 de Diciembre de 2011 y 26 de marzo de 2012.

⁷⁷⁵ El TS lo sitúa “*dentro del inevitable subjetivismo que conlleva la fijación del llamado pretium doloris*”, empleando dicho término en su antigua concepción de daño moral en general (STS 13 de Noviembre de 2012, Rec. 5283/2011).

⁷⁷⁶ Así lo recuerda, entre otras, la STSJ Madrid de 11 de Noviembre de 2015 (recurso 328/2013).

⁷⁷⁷ No cabe su cómputo separado salvo que el daño sea muy relevante, tal y como expresa la STSJ Madrid 656/2012, de 20 de Septiembre de 2012.

especial gravedad, dado que se trata de una partida que parece encaminada a valorar con independencia (cuando la secuela padecida es de especial intensidad) un daño moral añadido al correspondiente a la situación concreta de lesión permanente o invalidez y a las circunstancias personales, familiares y sociales que la rodean. Este criterio sólo sería válido cuando el daño moral se presenta junto a un daño corporal, cuantificándose ambos conceptos en la indemnización total, pero el problema se plantea, como advertíamos anteriormente, si ha de desglosarse cada partida; al no concretarse cuánto de la cantidad total resarce el daño ocasionado por la actuación clínica y cuánto el daño ocasionado por la infracción del consentimiento informado, como en el caso visto en el epígrafe anterior.⁷⁷⁸

Es reiterada la doctrina de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que señala que la cuantificación de la indemnización es una cuestión de hecho que corresponde fijar al Tribunal de Instancia. Como el propio TS declara, en supuestos de inexistencia o insuficiencia de consentimiento informado, se vienen fijando indemnizaciones que fluctúan entre los 30.000€ y los 60.000€, sin perjuicio de confirmar indemnizaciones mayores otorgadas por las Salas de instancia en función de las circunstancias del supuesto concreto.⁷⁷⁹ En todo caso, las cuantías obedecen a la casuística, en función de las consecuencias lesivas⁷⁸⁰, por lo que para hallar criterios aplicables, habríamos de buscarlos en las sentencias que sobre supuestos similares vienen dictando los Tribunales Superiores de Justicia autonómicos. Del examen de dichas sentencias, podemos observar que se repiten algunas de las cifras indemnizatorias:

- **15.000€** STSJ Madrid 905/2014, de 22 de Diciembre (en caso de fallecimiento del paciente, a pesar de ser correcta la praxis, no existe Consentimiento Informado para la quimioterapia que le fue aplicada).
- **18.000€** En casos de defectos de información, bien por escasez o bien por imprecisión de la misma, encontramos un gran número de sentencias que coinciden en fijar la indemnización en dicha cantidad (entre otras, STSJ Madrid, 259/2014, de 21 de marzo; STSJM 430/2014, de 9 de junio; STSM 310/2014, de 11/04/2014; STSJ Madrid 710/2015, de 6 de Noviembre de 2015).

⁷⁷⁸ STS de 4 de Abril de 2000.

⁷⁷⁹ Al respecto, la STS. de 13 de Noviembre de 2012, rec. 5283/2011.

⁷⁸⁰ Como es el caso de las STSS de 13 de Noviembre de 2012, STS de 4 de Diciembre de 2012, STS 26 de marzo de 2012 que establecen la cantidad de 60.000€ como indemnización fijada para el daño moral por infracción de *lex artis* en cuanto al consentimiento informado.

- **25.000€** Entre otras, la STSJ Castilla La Mancha 129/2015, de 20 de Mayo (no existe infracción de la *lex artis*, pero la intervención no era estrictamente necesaria y aunque el consentimiento informado no tiene incidencia directa en el daño, es relevante que el consentimiento informado fue insuficientemente prestado).
- **30.000€** Por ejemplo, la STSJ Madrid 825/2015, de 15 de Diciembre (se realiza una primera intervención de hernia discal a la paciente, no constando en el documento de consentimiento informado índice de fracaso específico de la intervención; y en la segunda intervención de cirugía laminar posterior, el consentimiento informado no está fechado, es genérico, y no tiene en cuenta que estamos ante una reintervención, explicándose una técnica diferente a la que al final se lleva a cabo).
- **60.000€** Es la indemnización que, entre otras, se impone en la STSJ Galicia 713/2015, de 16 de Diciembre de 2015: Paciente aquejada de síndrome cervicobraquial difuso de costilla cervical, que es intervenida por el Servicio de Cirugía Torácica, siendo reintervenida al día siguiente debido a un progresivo aumento del tamaño cervical. En el postoperatorio presenta paresia del miembro superior derecho, siendo dada de alta con el diagnóstico de “Plexopatía braquial derecha postquirúrgica”. Se concluye que no se ha acreditado mala praxis. Se reconoce por el cirujano que pese a que no se hizo constar el CI, le habló de ciertas complicaciones pero no de todas, le advirtió que podría provocar alguna sintomatología. Ni el CI ni la información facilitada al paciente reunía las condiciones exigidas, al limitarse a señalar que se le informó de los riesgos neurológicos en general, sin hacerle comprender la posibilidad de sufrir la lesión que finalmente se produjo, pese a tratarse de un riesgo típico, previsible e inevitable, aunque no se produzca en la mayoría de los casos. El Tribunal concluye: *“nos topamos con una defectuosa información de los riesgos derivados de la intervención quirúrgica acometida que conforme a la jurisprudencia del TS constituye un supuesto de infracción de la lex artis que debe ser indemnizado con independencia de que el acto médico se acomodara o no a la praxis médica, sobre todo en los casos en los que, como el presente se produce un resultado inesperado e inadvertido* (citando la STS 26/5/2015). Atendiendo al resultado desproporcionado, pese a haber existido buena praxis, pero al resultar insuficiente la información facilitada para obtener el consentimiento, se reconoce una indemnización de 60.000€.

Igualmente, la STSJM 709/2015, de 30/10/2015. O la STS 2078/2012, de 23 de Marzo de 2012: En el caso de una paciente que tras dar a luz por cesárea fallece por los efectos del shock séptico sufrido por reacción anafiláctica del aumegmentine que le fue suministrado. El Consentimiento no contiene información sobre dicho tratamiento, y el hecho de no tener infección alguna lo hacía aún más necesario, igualmente el Tribunal entiende que no se trataba de un supuesto de urgencia que excluyera la obligación de recabarlo. El Tribunal reconoce una indemnización de 60.000€ por el daño moral derivado de la privación de la capacidad de decidir, y por el fallecimiento la cantidad de 1.000.000€ (según baremo sumando las cantidades reclamadas atendiendo al trabajo que realizaba la fallecida).

- **300.000€** Por ejemplo, la STS de 9 de Octubre de 2012 -Rec. Casación 5450/2011-. En el caso de un paciente de 19 años que queda parapléjico tras ser intervenido de la espalda, a pesar de ser correcta la praxis pero sin mediar consentimiento informado en el que se le advirtieran los graves riesgos que presentaba el Tribunal tras recoger la antedicha horquilla de cuantías, fija la indemnización en 300.000€ justificando que en el caso concreto se entiende proporcionada dicha cantidad a la entidad de las lesiones sufridas y la edad del paciente. El Tribunal indemniza con esta cifra el daño moral puro y autónomo ocasionado al reclamante por la falta de información previa a la cirugía a la que se sometió y la inexistencia del documento de consentimiento informado (sin negar no obstante que pudiera haber existido), valorando tal daño por *“la pérdida de oportunidad del derecho del paciente a decidir lo que crea más oportuno en orden a la actuación médica”*. Se trata pues de un daño físico en relación causal directa con la falta de información como mala praxis de la Administración.

También, la STS (Sala 3ª) de 26 de Mayo de 2015 (Rec. C. 2548/2013). Falta de Consentimiento Informado y secuelas (paraplejia) que se relacionan con la intervención (anestesia epidural), frente a los 18.000€ que había fijado el TSJ, el TS indemniza con 300.000€

Junto a éstas, se imponen también indemnizaciones simbólicas, como la STSJ Castilla León 2/2016, de 7 de Enero de 2016, que entiende que ha existido *“una vulneración del consentimiento informado relativa y mínima”*, que indemniza con 6.100€,

considerando que el riesgo acaecido no era propio de la intervención, y no existían otras alternativas a la intervención⁷⁸¹.

8.- REFERENCIA A LA INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO EN SUPUESTOS ESPECIALES:

8.1.-LOS PARTOS: EL PAPEL DEL PLAN DE PARTO

El papel de la información y el consentimiento informado adquieren un especial carácter en los partos, como procesos naturales e inevitables, que nada tienen que ver con el resto de los actos quirúrgicos, al responder a un hecho biológico que necesariamente ha de producirse y en los que, además, está en juego la vida de otro ser. Por tales motivos, y ante la necesidad de realizar actos determinados en el parto, el TS ha puesto de manifiesto que, en tales procesos, la voluntad de la paciente en nada podría alterar el curso de los acontecimientos, siendo por tanto inútil el consentimiento.⁷⁸²

La imprevisibilidad de cómo se desarrollará el parto en cuestión y el desconocimiento, al inicio del mismo, de las concretas actuaciones que requerirá, suponen además que no puede informarse de los riesgos de un parto natural, a excepción no obstante de los casos en los que existe riesgo para el feto o la madre. En este sentido, los Tribunales han afirmado unánimemente la imposibilidad del “parto a la carta”, quedando fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad de la madre la decisión sobre la vía final de parto (y es que la cesárea no se plantea como una alternativa al parto vaginal, sin perjuicio de conocerse que por algunos facultativos si se ofrece o se admite tal posibilidad). Ello no obsta al deber de los profesionales de informar a la parturienta del proceso que va a vivir, y de las maniobras o técnicas que pueden ser realizadas dependiendo de las circunstancias en las que se produzca el parto (episiotomía, administración de oxitocina, parto instrumental, etc.); información que, no obstante, ha de suministrarse de forma gradual durante los meses de gestación, teniendo la gestante oportunidad de resolver en ese tiempo sus dudas.

⁷⁸¹ La sentencia hace una referencia incoherente al baremo de tráfico, señalando que la indemnización se fija a la vista de que el baremo de 2014 fija 9.586,26€ por fallecimiento de la víctima de 80 años con hijo mayor de 25, sin explicar que operaciones o cálculos se realizan para llegar a la cifra de 6.100€ finalmente reconocida.

⁷⁸² STS (Sala 3ª), de 2 de julio de 2010, recurso 2985/2006.

Lo cierto es que, hoy por hoy, no existe homogeneidad alguna de criterios, pues además de ser distintas las regulaciones autonómicas⁷⁸³, no hay tampoco consenso entre el propio Ministerio de Sanidad y la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO). Y así, si bien el primero publica un “Plan de Parto” con mero valor informativo y no decisorio (que no puede ser por tanto alegado en Tribunales), la SEGO por su parte sí publica un documento informativo con valor de Consentimiento Informado sobre la asistencia al parto, que aunque refiere tener carácter recomendatorio y no obligado⁷⁸⁴, da lugar a reclamaciones cuando no se ofrece a la paciente (casos respecto a las cuales los Tribunales suelen declarar que no da lugar a responsabilidad).⁷⁸⁵ Este hecho que responde a criterios de “medicina defensiva” es un problema en la práctica, pues si no hay Consentimiento Informado y se justifica la corrección de la técnica empleada no suele dar lugar a responsabilidad; mientras que si existe el documento será objeto de revisión, analizando si consta o no informada la determinada técnica empleada, derivando responsabilidad de la insuficiencia de dicha información. De forma que, en muchos casos, el consentimiento informado supone un “arma de doble filo”.

La misma disparidad de criterios se observa por parte de los Tribunales que han fallado al respecto, observándose una clara incongruencia en sus pronunciamientos, al no mantener una línea clara y homogénea, tanto en lo relativo a la necesidad o no de obtener el consentimiento, como a la indemnización que se otorga en aquellos casos

⁷⁸³ Cada Comunidad Autónoma avanza a un ritmo distinto e incluso los centros hospitalarios dentro de cada una de ellas. Así por ejemplo, dentro del Plan de Humanización de la Atención al Parto y al Nacimiento, siguiendo recomendaciones de la OMS, la Comunidad Cantabria ha dado un paso más, disponiendo del Decreto 23/2007, de 1 de marzo, “sobre los derechos de la madre, el padre y el recién nacido en relación con el nacimiento en el ámbito sanitario”, referidos sobre todo a la autonomía de la voluntad de los padres y el bienestar del bebé. Con él se reconoce como derecho, junto a otros relativos a la información e intimidad, la participación activa de los padres en el proceso de gestación y el prestar su consentimiento a la aplicación de los procedimientos de diagnóstico prenatal y a su autonomía en el curso del parto y postparto.

⁷⁸⁴ En este sentido, la SEGO afirma en el Documento de Consenso para asistencia al parto: “no creemos que deba existir un documento de consentimiento informado para asistir al parto sino un documento informativo (que tras su firma serviría de consentimiento informado) en que la mujer solicita ser asistida en ese Hospital a la vista de la información recibida previa al parto. El consentimiento informado y firmado por la paciente ha de serlo con la antelación suficiente para tomar decisiones (...) y en situaciones de urgencia, y el parto lo es, basta con hacer la información apropiada y dejar constancia de la misma en la historia para cualquier intervención. Por tanto, tampoco parece apropiado que existan documentos de consentimiento informado para situaciones específicas, salvo que esa indicación sea electiva y se haga con suficiente antelación. Sería el caso de la inducción por embarazo prolongado, de la anestesia epidural solicitada previamente o de la cesárea electiva por dos cesáreas anteriores o similar”. En base a ello, concluye proponiendo “elaborar un documento informativo, con valor de consentimiento informado, que sirva de base para la mejor información a las embarazadas antes o al acudir de parto al Hospital que ella decida o le corresponda”. La propia SEGO no es clara tampoco en sus manifestaciones, pues si bien deja clara su opinión desfavorable a la necesidad del consentimiento, finalmente se recomienda su uso. Dicho documento aparece disponible en internet: http://www.sego.es/Content/pdf/20080117_recomendacion_al_parto.pdf

⁷⁸⁵ STSJ Madrid, de 19 de julio de 2000.

en los que la ausencia es considerada como una vulneración de la *lex Artis ad hoc* y por ende conllevan la existencia de responsabilidad.

Así, por ejemplo, la STS (Sala 3ª) de 14 de Diciembre de 2010 declara responsabilidad, al no darle a la madre la posibilidad de asumir la oportunidad de someterse a una cesárea, dados los riesgos del parto por la presentación podálica del bebé, y sin que ello signifique una “cesárea a demanda”, lo que supone un daño moral reparable económicamente ante la privación de la capacidad de decidir. Sin embargo, el precitado Fallo del Alto Tribunal no es seguido por nuestros Juzgados y Tribunales donde en aquellos casos en los que no consta consentimiento informado para el parto, únicamente se indemniza un daño moral autónomo circunscrito a la vulneración del derecho a la autonomía de la voluntad, siendo contadas las sentencias en las que esa falta se indemniza como un daño físico.⁷⁸⁶

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que ciertos actos resultan necesarios e ineludibles para que el parto llegue a fin; circunstancia que supone una limitación o incluso una causa de exoneración de responsabilidad a la hora de valorar el daño moral que haya podido ocasionar un consentimiento defectuoso de información.⁷⁸⁷ Por el contrario, en otros casos, ante los malos resultados del parto (aun siendo la praxis correcta) se ha considerado que cualquier circunstancia que se presenta en el parto y las técnicas previstas para afrontarlo son sabidas previamente, por lo que al ser una información conocida se deben dar a conocer a la paciente los riesgos posibles y las distintas opciones.⁷⁸⁸ Ello no significa que se pueda hacer del documento de consentimiento informado un “cheque en blanco” para que el servicio médico pueda obrar ante cualquier tipo de eventualidades, poniendo a la firma de la paciente todo tipo de autorizaciones para todas las técnicas posibles; pues ello no se corresponde con lo que debe ser el consentimiento informado, siendo difícilmente compatible un consentimiento con dejar espacios en blanco para que sean rellenados con posterioridad, a resultados de lo que se acontezca.⁷⁸⁹

⁷⁸⁶ V. gr. STSJ de Castilla y León de 1 de octubre de 2010 (Rec. 540/2004).

⁷⁸⁷ Así ocurre por ejemplo en el Dictamen 278/2012, de 15 de Noviembre del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha, en el cual se entiende que ha de desestimarse la reclamación, teniendo en cuenta que la episiotomía (que hubo de serle realizada a la gestante y respecto a la que no consta Consentimiento Informado), no puede preverse: Se tiene en cuenta además que la paciente fue informada como usualmente se informa a las mujeres que van a ser atendidas de parto, y si bien no consta información de los riesgos, y hubiera sido conveniente, concluye el Consejo que no resulta imprescindible.

⁷⁸⁸ Este es el criterio adoptado por el Consejo Consultivo de Canarias en su Dictamen 356/2014, de 9 de Octubre, en el cual se entiende oportuno indemnizar el daño moral por el fallecimiento del bebé a resultados de las maniobras del parto mediante fórceps (a pesar de no mediar mala praxis).

⁷⁸⁹ Así lo pone de manifiesto por ejemplo la STSJ Canarias 259/2012, de 5 de Abril de 2013.

Interesante resulta la solución adoptada en la STSJ Madrid núm. 1462/2009, de 20 de Octubre de 2009: la paciente reclama por las consecuencias derivadas de la realización de episiotomía en el parto, denunciando la ejecución de la misma por personal no cualificado, así como falta de información sobre los riesgos de dicho procedimiento. En este caso, si bien consta consentimiento informado firmado por la paciente, se pone de manifiesto la omisión de toda referencia al tipo de intervención y a los denominados “riesgos personalizados”, sin alusión alguna a la posible práctica de la episiotomía y de los eventuales riesgos que conlleva. El Tribunal entiende que el impreso suscrito por la interesada no obedecía a la finalidad que tanto el Derecho Positivo como la Jurisprudencia asignan al consentimiento informado, pues recoge una información genérica y omite la episiotomía a pesar de ser un acto que si bien no se realiza siempre de forma rutinaria, sí en la mayoría de los partos. Sin embargo, a la hora de cuantificar el daño, la Sala determina que la capacidad de autodeterminación de la paciente sobre la práctica de tal acto no resultó limitada por la omisión de la comunicación del riesgo, ya que de acuerdo con los informes técnicos, era necesario para prevenir riesgos mucho más graves. Por dicho motivo se restringe el daño moral ocasionado no a su capacidad de autodeterminación sino al desconocimiento de la posibilidad de que se produjera una secuela tan grave y limitante como la que aconteció. Teniendo en cuenta las circunstancias personales de la paciente –como la edad y haber tenido un parto anterior donde se empleó la misma técnica- y el alcance la información omitida, el Tribunal fija una indemnización de 6.000€.

Esta sentencia no está exenta de críticas, pues puede comprobarse que el Tribunal cita la jurisprudencia del TS en sus fundamentos y finalmente no la sigue. Según dicha jurisprudencia, *“la omisión del Consentimiento Informado priva a los interesados la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse al tratamiento”*, mientras que el TSJ afirma que *“el acto quirúrgico resultaba necesario para prevenir riesgos muchos más graves”* y que *“la capacidad de autodeterminación de la paciente no resultó limitada por la omisión de la comunicación del riesgo”*. Con dichas argumentaciones parece que la consecuencia debiera ser la desestimación de la reclamación por inexistencia de daño, pues si no hay limitación de la autodeterminación no cabe hablar de falta de información o consentimiento generadores de responsabilidad; sin embargo el Tribunal con una clara voluntad punitiva opta por indemnizar pero por otro concepto distinto que más tiene que ver con la información, el desconocimiento de la paciente.⁷⁹⁰

Otro supuesto jurídicamente relevante es el que tiene lugar al dispensarse la información de un modo insuficiente y por el matrn en lugar del obstetra encargado del parto. Caso que recoge

⁷⁹⁰ El Consejo Consultivo de Castilla La Mancha en su Dictamen nº 278/2012, de 15 de noviembre hace referencia a esta sentencia por ser un caso similar, como precedente judicial aunque no jurisprudencial, apartándose de él tras criticar el pronunciamiento del Tribunal, hasta el punto de que si bien refiere podría haber sido alegado en el caso dictaminado por la reclamante a su favor, el Consejo afirma que habría mantenido su postura desestimatoria contraria a dicho precedente.

la STSJM 215/2016, de 4 de Mayo de 2016, en la que se reconoce una indemnización de 6.000€ a la interesada, por dispensarse la información respecto a la inducción al parto por el matrn, y no por un mdico; limitndose a explicarle como era, pero no sus riesgos y consecuencias, Asimismo el Tribunal establece una indemnizacin de 75.000€ al fallecer el beb por no realizar un buen seguimiento del parto.

8.2.- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LOS ENSAYOS CLNICOS

La necesidad del consentimiento informado se ve reforzada, sin duda, en el mbito de los ensayos clnicos, dado el carcter experimental de estos actos, la posible ausencia de beneficio directo para el sujeto participante y la imprevisibilidad de las consecuencias, que exige un estricto rgimen jurdico de garanta y proteccin ms reforzado que el normalmente exigible en el mbito de la medicina asistencial.

La normativa vigente sobre ensayos clnicos (RD. 1090/2015, de 4 de Diciembre, *por el que se regulan los ensayos clnicos con medicamentos, los Comits de tica de la Investigacin con medicamentos y el Registro Espaol de Estudios Clnicos*),⁷⁹¹ entre otros requisitos, condiciona su acometimiento a la previa obtencin y documentacin del consentimiento informado, libremente expresado, de cada uno de los sujetos del ensayo antes de su inclusin en el mismo, de acuerdo con los arts. 4 a 8.

Primando que sea el propio paciente quien pueda otorgar su consentimiento, seala que:

- En casos de personas discapacitadas, la informacin se ofrezca en formatos adecuados para que les resulte accesible y comprensible, y se arbitren las medidas de apoyo pertinentes para favorecer que pueda prestar por s su consentimiento.
- En casos de menores o personas con la capacidad modificada, habiendo dado su consentimiento su representante legal designado, cuando stos alcancen o recuperen la capacidad de consentir otorguen su consentimiento para continuar con el ensayo.

El Consentimiento por representacin viene configurado, a su vez, segn los diferentes supuestos, de la siguiente forma:

⁷⁹¹ De forma pionera, con este Real Decreto, Espaa se ha adelantado a adecuar su normativa a la establecida por el nuevo Reglamento (UE) n^o 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16/4/2014. El texto finalmente aprobado ha sido bastante modificado y reducido significativamente respecto a las versiones anteriores, fruto en lo esencial de las crticas vertidas por el Informe del Comit de Biotica, que vean un rgimen ajeno y en parte contradictorio e incluso menos garantista que el rgimen de informacin previsto de modo general en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, bsica reguladora de la autonoma del paciente y de derechos y obligaciones en materia de informacin y documentacin clnica.

- a) Menores: El art. 5.3 del R.D. 1090/2015 señala que será necesario obtener el Consentimiento Informado previo de los padres que no estuvieran privados de la patria potestad o del representante legal del menor, debiendo oír al menor si siendo menor de 12 años tuviera suficiente juicio. El Consentimiento expreso de los padres será válido si va firmado por uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro, que debe quedar suficientemente documentado. Si el menor es igual o mayor de 12 años deberá prestar también su consentimiento.
- b) Capacidad modificada: (art.6). Se exigirá el consentimiento del representante legal o de la persona vinculada a ella por razones familiares o de hecho. En todo caso el investigador habrá de asegurarse razonablemente de que no existen instrucciones previas de la persona, teniendo que ser respetadas si existieran.
- c) Situaciones de urgencia (art. 7): cuando el ensayo clínico tenga un interés específico para la población en la que se realiza la investigación, y lo justifiquen razones de necesidad en la administración del medicamento en investigación, podrá someterse una persona a un ensayo clínico sin obtener el consentimiento informado previo cuando se cumplan todas las condiciones enumeradas en el artículo 35, apartados 1 y 2, del Reglamento (UE) n.º 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014.⁷⁹². En este caso, siempre que las circunstancias lo permitan, se consultará previamente a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. Esta eventualidad y la forma de proceder deben hallarse previstas en la documentación del ensayo. Si el sujeto de ensayo o, en su caso, su representante legalmente designado no otorgan su consentimiento, serán informados de su derecho a objetar al uso de los datos obtenidos del ensayo clínico.
- d) Embarazadas o en periodo de lactancia: (art.8) Solo podrá realizarse un ensayo clínico con mujeres embarazadas o en período de lactancia si, además de las condiciones establecidas en los artículos 3 a 6 de este Real Decreto, se cumplen todas las condiciones enumeradas en el artículo 33 del Reglamento

⁷⁹² Que no de tiempo suficiente para informar, que el investigador acredite la base científica del ensayo, que deberá suponer un riesgo mínimo para el paciente y que no conste objeción previa del paciente a someterse al mismo.

(UE) nº 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014.⁷⁹³

Regulados pues los extremos relativos a la prestación de consentimiento en esta materia específica de ensayos clínicos, cualquier defecto u omisión al respecto dará lugar a responsabilidad por constituir un daño moral que puede o no ir acompañado de daños corporales. No obstante, habrá que determinar a quién resulta imputable tal defecto, a razón de a quién compete la prestación de dicha obligación en cada caso (al promotor del estudio, al investigador, al centro en el que se realiza el acto clínico...).

9.- CONCLUSIONES:

1. El derecho a la información y el consentimiento han pasado de ser una conquista de los pacientes a un revulsivo para los profesionales sanitarios, que hacen uso de los mismos con el fin de defenderse ante eventuales reclamaciones, incurriendo en lo que se ha venido a calificar como “medicina defensiva”, que lleva a apartarse del verdadero sentido y del espíritu de tales derechos.
2. El acto de informar no debería convertirse en un acto “notarial” confuso por sobre exceso para el paciente, ni tampoco un “cheque en blanco” por tener un contenido genérico y vago. Más al contrario, el Consentimiento Informado debería ser un documento *ad hoc*, adecuado a la realidad en cada caso y momento, en el que se tengan en cuenta características del paciente así como del médico que actúa o centro donde se realiza la asistencia.
3. La falta de homogeneidad de los consentimientos entre los distintos centros sanitarios supone que los estándares de *Lex Artis* exigible al respecto cambien, dependiendo del lugar donde sea atendido el paciente, lo que no sólo atenta contra la seguridad jurídica del mismo, sino que determina un régimen de responsabilidad patrimonial diferente para cada centro.
4. La consideración de los defectos de información o consentimiento como daño moral autónomo resulta, en nuestra opinión, desacertada en aquellos casos en los que la actuación médica ha sido correcta y no se ha ocasionado daño físico alguno. Las indemnizaciones que se conceden por este concepto resultan ser, a nuestro juicio, verdaderas sanciones para apercibir a los profesionales a que cumplan con la obligación de informar y obtener el debido consentimiento.

⁷⁹³ Que los riesgos sean mínimos y sean mayores los posibles beneficios a obtener para el feto o la madre, que se preserve el bienestar del niño en caso de lactantes, que no sea oneroso.

5. No toda ausencia de consentimiento informado debería ser susceptible de ser considerada como daño moral, sino aquella ausencia injustificada, que haya sido relevante para la toma de decisiones por el paciente, o bien que sea carente de la información necesaria sobre alternativas, riesgos o complicaciones que le priven de la posibilidad de decidir correctamente. En cualquier caso, resulta imprescindible la valoración del caso concreto y la ponderación de las circunstancias concurrentes, pues no a todos los supuestos de falta de consentimiento informado le son aplicables las mismas consecuencias jurídicas.
6. La mera falta de Consentimiento Informado, según el Tribunal Constitucional, no supone en todo caso una violación del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino que es preciso atender a las circunstancias. Coincidimos en la importancia de dicha puntualización, subrayando el peligro de tratar todos los casos de falta o insuficiencia de consentimiento de forma global, sin enjuiciar si el daño que ocasiona es efectivo o no.
7. Del análisis de la jurisprudencia, podemos concluir que el requisito de la prueba misma y de la valoración del daño se relaja y tiende a la concesión de indemnizaciones desde la equidad, en los casos en que se ha producido una falta de información sanitaria que ha imposibilitado la prestación de un consentimiento verdadero. Y aún es más, pues se pone de manifiesto que en muchos casos el mero incumplimiento del deber de información sirve como único criterio de imputación de daños, aunque no se haya podido establecer el nexo causal ni la imputación objetiva entre la falta de información y el daño. De manera que los Tribunales invocan la vulneración de la autonomía de la voluntad, para justificar condenas por *mala praxis*, en supuestos en los que no ha podido ser acreditada la infracción de la *lex artis* en la intervención o tratamiento realizado.

CAPITULO VII.-LA VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL Y SU CUANTIFICACIÓN

- 1.- Introducción
- 2.- Los Principios generales del resarcimiento y su aplicación en el daño moral:
 - 2.1.- El principio de congruencia
 - 2.2.- El principio de Indemnidad o reparación integral
 - 2.2.1.-En cuanto al contenido de la indemnización
 - 2.2.2.- En cuanto al momento de la valoración
 - 2.2.3.- Los daños morales: una excepción al principio
 - 2.3.- El principio de la apreciación subjetiva o concreta: "la justicia del caso concreto"
- 3.- Los sistemas de valoración y cuantificación del daño sanitario
 - 3.1.- Introducción
 - 3.2.- El baremo previsto para indemnizaciones por accidentes de tráfico: su utilización para cuantificar el daño sanitario
 - 3.2.1.-Sus orígenes y sus críticas
 - 3.2.2.- La expansión del baremo a otros ámbitos ajenos a la circulación de vehículos a motor: la posición del Tribunal Supremo
 - 3.2.3.- El uso del baremo en la responsabilidad patrimonial sanitaria
 - 3.2.4.- Los sistema indemnizatorios de tráfico vigentes: breve explicación de su funcionamiento
 - 3.3.- La valoración a tanto alzado y el arbitrio judicial
 - 3.4.- El precedente: ¿una solución eficaz?
- 4.- La cuantificación de los daños morales
 - 4.1.- Regulación de los daños morales en el baremo
 - 4.2.- Objeciones a la aplicación del baremo de tráfico para la valoración y cuantificación de los daños morales.
 - 4.3.- La cuantificación del daño moral y el margen de apreciación de los jueces.
 - 4.4.- El retraso diagnóstico: un supuesto de indemnización pluriforme.
 - 4.5.- La justificación de la cuantificación del daño moral: ¿mera cláusula de estilo?
 - 4.5.1.- La necesidad de motivar las sentencias sobre daños morales
 - 4.5.2.- El deber de motivación y el daño moral
- 5.- El Baremo para la determinación de indemnizaciones por daños derivados de actuaciones sanitarias: ¿utopía o realidad?
- 6.- La indemnización mediante pagos periódicos o pensiones
- 7.- Conclusiones

1.- INTRODUCCIÓN

Una vez se declara la responsabilidad patrimonial de la Administración, tras la sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo o judicial, reconociéndose al perjudicado el derecho de ser indemnizado por la lesión sufrida, procede realizar la valoración y cuantificación del daño, para convertir tal resarcimiento

en su equivalente en dinero, en cantidad suficiente para reparar o compensar el perjuicio sufrido.

En materia de responsabilidad patrimonial, la regulación vigente que sobre este punto encontramos es la que dispone el art. 34 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre:

“(...).2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros Obligatorios y de la Seguridad Social.⁷⁹⁴

3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria o en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.

4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado”.

La Ley establece pues, con carácter general, un criterio objetivo para la valoración de los daños, en función del valor de mercado del bien o interés lesionado. Pero, como analizaremos, este parámetro resulta de difícil o imposible aplicación cuando son morales los daños a indemnizar, por lo que la doctrina ha añadido un criterio subjetivo a razón del valor que puede representar el daño para el perjudicado⁷⁹⁵. Aún así, como veremos, no podemos decir que ello sirva de gran ayuda para resolver la difícil tarea de ponerle una cifra al daño moral.

⁷⁹⁴ Si bien este precepto reproduce en términos generales lo dispuesto en la anterior Ley 30/1992, de 26 de Noviembre en su art. 141, la nueva Ley 40/2015 introduce como novedad el papel referencial del baremo de tráfico para valorar las lesiones sanitarias, recogiendo así lo que ya los Tribunales habían reconocido en sus sentencias.

⁷⁹⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001) distingue en este sentido entre “daño común” (el que razonablemente se presume experimentaría cualquier persona a consecuencia del daño) y el “daño propio” (es decir, el que en función de las circunstancias personales, padece el concreto perjudicado). Pág. 144.

Tradicionalmente, el resarcimiento ha constituido un concepto carente de elementos normativos. Se trata de una “completa orfandad normativa”, pues ni están definidos los supuestos de hecho, ni tampoco sus consecuencias jurídicas⁷⁹⁶, lo que ha dado rienda suelta a la libertad estimativa de los juzgadores, que funciona como una norma en blanco a la hora de valorar los daños. Consecuencia lógica de ello es la disparidad de pronunciamientos y diferencias en las cuantificaciones indemnizatorias que, a lo largo del tiempo, se han ido observando en las sentencias -problema que, como explicaremos, propició que en el ámbito de los accidentes de circulación se estableciera un baremo indemnizatorio-. Esta solución ha querido ser trasladada al ámbito de las negligencias sanitarias, con el propósito de establecer un baremo específico para ello, comenzándose unos trabajos que no sólo no han dado resultados, sino que más bien parecen haber quedado en “papel mojado”, para desilusión de muchos.

Cuando, como consecuencia de una actuación sanitaria, lo que ha de ser indemnizado es un daño corporal, se hace necesaria una previa evaluación clínica y funcional de las secuelas padecidas, por parte de expertos en este tipo de actuación dirigida a conocer con la máxima exactitud y objetividad las consecuencias que un acto médico determinado ha tenido sobre la integridad psicofísica y la salud de una persona. En estos casos, como explicamos más adelante, el juzgador establece la indemnización teniendo en cuenta la duración de los tiempos “legales” (esto es: días de hospitalización, de curación o estabilización lesional en su caso y de impedimento) y la presencia de secuelas, para luego cuantificarlos haciendo uso extensivo del baremo previsto para las lesiones en materia de tráfico. Así pues, la valoración del daño físico, en general, no entraña grandes dificultades al ser objetivable, contrastable, y cuantificable, tanto en sus consecuencias anatómicas como funcionales.

Mayor problema supone, sin embargo, la valoración del daño psíquico (neuropsicológico y neuropsiquiátrico), por cuanto, si bien se trata de una lesión médica y clínicamente diagnosticable, en muchas ocasiones el daño no es fácilmente objetivable y cuantificable, dadas las limitaciones existentes en la evaluación de secuelas psíquicas, a lo que se añade la dificultad para establecer la relación de causalidad en este tipo de daños (según los criterios: cronológico, cuantitativo, topográfico, de continuidad sintomática y de exclusión). Y si bien son daños que podrían ser valorados por un psicólogo o un psiquiatra, lo cierto es que la naturaleza

⁷⁹⁶ ZAVALA DE GONZALEZ, MA. (1990). Págs. 608 y 619.

subjetiva de la información clínica aportada por el paciente no sólo dificulta el diagnóstico, sino que además facilita en muchas ocasiones la simulación, circunstancias que complican la peritación.

Pero, sin lugar a dudas, como venimos señalando, los mayores problemas y dificultades se plantean en la indemnización del daño moral, cuyo subjetivismo está fuera del alcance de la pericia, y con respecto a los cuales no se entiende cualificado el grado de magíster de valoración de daño corporal.⁷⁹⁷ Agotada ya la discusión decimonónica sobre la indemnizabilidad del daño moral⁷⁹⁸, una vez aceptado que aunque se trate de algo inconmensurable el derecho moderno no impide su compensación y que es preferible una reparación imperfecta a la falta de toda reparación⁷⁹⁹; el problema consiste en tratar de poner coto a las enormes disparidades a las que el criterio judicial ha ido conduciendo en esta materia. Ello conlleva la necesidad de delimitar lo más precisamente posible el concepto de daño moral y de averiguar en qué casos resulta indemnizable y con arreglo a qué criterios⁸⁰⁰.

Tal y como pone de manifiesto GUERRERO ZAPLANA⁸⁰¹, puede observarse como, en España⁸⁰², hasta el momento, los jueces tienen libertad a la hora de fijar el importe de

⁷⁹⁷ Así lo expresa el Dictamen 548/2013, de 19 de Noviembre de 2013 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

⁷⁹⁸ DIEZ PICAZO, L. (1999). Pág. 239.

⁷⁹⁹ *“La reparación pecuniaria imperfecta del perjuicio moral debe preferirse a la falta de toda reparación; en toda decisión judicial hay siempre algo de arbitrario, pero la dificultad de la apreciación no debe influir en la prosperabilidad de una demanda justa”*. DIEZ PICAZO, L. (1999). Pág. 95.

⁸⁰⁰ SARDINERO GARCIA, C. (2016). Pág. 325.

⁸⁰¹ GUERRERO ZAPLANA, J. (2013).

⁸⁰² En el marco europeo, existen grandes diferencias no sólo en las formas en que los Estados indemnizan los perjuicios, sino también en la determinación de las partidas o conceptos que se consideran indemnizables, e incluso en el grado de cualificación exigible a los médicos que realizan la valoración de las lesiones y su análisis; de tal forma que sigue siendo una de las asignaturas pendientes en el proceso de armonización del Derecho Europeo. Así, en países como Bélgica, Reino Unido, Italia o Alemania es habitual el uso de baremos o tablas de forma orientativa (no vinculante), mientras que en España sólo se dispone de un baremo cerrado y vinculante para accidentes de tráfico, que viene siendo aplicado en materia de negligencias sanitarias de forma habitual. Algún informe ha llegado a poner de relieve la importancia de que, cuando se usen las tablas, se permita a los jueces un margen de discrecionalidad y se tenga en cuenta el fenómeno de las víctimas transfronterizas, por entender que el sistema español coarta de un modo considerable el poder discrecional de los jueces, y en los supuestos de víctimas extranjeras que sufren daños en España, se limita la posibilidad de que los Tribunales tengan en consideración su nivel de vida en sus países de origen (informe sobre la indemnización de víctimas de accidentes de tráfico transfronterizos). Y si son grandes las diferencias en el ámbito general del daño, mayores son en lo que respecta al daño moral, encontrándonos países que reconocen ampliamente su resarcibilidad (Bélgica o Francia) y otros por contra más restrictivos, sin perjuicio de que puede observarse en ellos una mayor disposición hacia la flexibilidad (Alemania, Austria, Grecia, Holanda o Polonia, países en los que para la indemnización del daño moral se exige que así esté establecido en una disposición legal). No obstante, la tendencia que recogen los Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil apunta hacia la progresiva expansión de la resarcibilidad del daño moral. (art. 10:301. Daño no Patrimonial: *“En atención al alcance de su protección (artículo 2:102), la lesión de un interés puede justificar la compensación del daño no patrimonial. Este es el caso, en especial, si la víctima ha sufrido un daño corporal o un daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad. También puede resarcirse el daño no patrimonial de aquellas personas allegadas a la víctima de un accidente mortal o una lesión muy grave”*).

la indemnización, debiendo únicamente acomodarse a las exigencias derivadas de la jurisprudencia (como son el principio de reparación integral, la seguridad jurídica y la prohibición de enriquecimiento injusto). Es por lo tanto el arbitrio judicial el principal instrumento del que se sirven los tribunales para fijar y justificar el *quantum* reparatorio, en uso de criterios como la “*apreciación racional*”⁸⁰³, “*la proporcionalidad*”⁸⁰⁴ y la “*equidad y ponderación razonable de las circunstancias del caso*”⁸⁰⁵. De manera que, salvo que concurren otras circunstancias que permitan una evaluación distinta, sólo cabe atender a la experiencia del propio Tribunal sobre el valor del padecimiento humano en las distintas situaciones de la vida.⁸⁰⁶ Este hecho provoca grandes diferencias en las indemnizaciones fijadas para los mismos daños dependiendo del tribunal de procedencia, e incluso entre las sentencias dictadas por los mismos tribunales, que no sólo emplean distintos criterios o métodos de indemnización sino que incurren en disparidades en las cuantías reconocidas. Tales diferencias se hacen más patentes entre la vía civil (al ejercer la acción directa cuando resulta condenada la Aseguradora) y la vía contencioso-administrativo (donde se condena a la Administración). En estas circunstancias, GUERRERO ZAPLANA recalca que los tribunales no pueden conseguir la unificación en la fijación de las indemnizaciones, al carecer de las posibilidades técnicas para ello, y que además la jurisprudencia no tiene esa función, concluyendo que “*si el sistema jurisdiccional contencioso-administrativo no permite la unificación del importe de las indemnizaciones, es necesario acudir a algún sistema externo: la utilización de baremos*”; criterio que lejos de ser pacífico y asentado tiene tantos fieles seguidores como serios detractores.

En cuanto a las Administraciones, es aún más notoria la complejidad de cuantificar el daño moral; y, conscientes de que no gozan de la misma capacidad de arbitrio que los Tribunales, lo cierto es que *a priori* parecen mostrarse poco proclives a la hora de indemnizar daños morales que no vayan aparejados a daños corporales.

2.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL RESARCIMIENTO Y SU APLICACIÓN EN EL DAÑO MORAL

A falta de un desarrollo completo del resarcimiento y el modo en que ha de llevarse a cabo, como adelantábamos, son los principios generales del Derecho que han sido

⁸⁰³ STS 1 de Enero de 1990.

⁸⁰⁴ STS 14 de Junio de 1990.

⁸⁰⁵ STS 4 de Abril de 1989.

⁸⁰⁶ DOMENECH PASCUAL, G. (2014). Pág. 570.

desarrollados por la Jurisprudencia⁸⁰⁷, los que sirven de pauta en la tarea de indemnizar, por lo que resulta ineludible comenzar su revisión.

2.1.- EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

El principio de congruencia (establecido con carácter general en el art. 2189 LEC), impone que el juzgador sólo puede valorar los daños que hayan sido alegados y probados en el curso del proceso, lo que implica que su resarcimiento haya de ceñirse a la cuantía solicitada por el reclamante, pudiendo valorar el daño por debajo del *petitum* pero nunca en demasía.

Teniendo en cuenta que, de manera generalizada, la exigencia de responsabilidad patrimonial nace de la solicitud del perjudicado (son excepcionales los supuestos en los que es la propia Administración la que inicia de oficio), y sin perjuicio de que se puedan introducir otros parámetros, resulta, por tanto, esencial para la valoración y cuantificación del daño la aplicación del principio de congruencia en dos sentidos: por un lado, al tratarse de una justicia rogada, el monto de la pretensión constituye el tope de la indemnización a conceder, y por otro, el juez no sólo debe explicitar los criterios utilizados, sino que además debe ponderarlos a partir de los antecedentes que se encuentren presentes en el proceso y respecto de los cuales se haya aportado prueba.

No obstante, ocurre que en muchos casos, y sobre todo en la vía administrativa, el reclamante no cuantifica su petición, dejándola desde un inicio indeterminada o bien demorando su concreción hasta un momento posterior, de forma que pone en manos del órgano que resuelve la determinación de la indemnización en caso de ser reconocido el derecho a la misma. Sin embargo, con independencia de que posteriormente se considere acertado o no el método de cálculo de la indemnización, lo importante es que haya uno y que en aplicación del método elegido, la solicitud que se realiza sea razonable, dando solvencia a la petición.⁸⁰⁸ Sin perjuicio de otras opciones, los interesados vienen fijando sus peticiones indemnizatorias en función de los siguientes criterios:

⁸⁰⁷ A este respecto, tal y como afirma PRIETO SANCHIS “*tal vez los principios sean uno de los últimos juguetes fabricados por los juristas, capaces de servir por igual a malabarismos conceptuales que a propósitos ideológicos, de valer lo mismo para estimular una cierta racionalidad argumentativa que para encubrir las más disparatadas operaciones hermenéuticas*”. PRIETO SANCHIS, L. (1996). Págs. 41 y ss.

⁸⁰⁸ Los Tribunales evidencian en muchos casos la necesidad de que la parte interesada razone su petición indemnizatoria a través de “*medios de utilización habitual*” como es el baremo de tráfico. En este sentido, la SJCA nº 14 de Madrid 226/2015, de 2 de Junio.

1.- Aplicación *mutatis mutandis* del baremo para accidentes de circulación, especialmente cuando se trata de daños corporales. Es un método cuyo uso se ha generalizado, por letrados, aseguradoras, Administraciones y especialmente por los ciudadanos que, carentes de otros criterios y conocedores “de oídas” de su habitual utilización, llegan a denominarlo “criterio o baremo legal”.⁸⁰⁹

2.- Cuando lo que se reclama es un daño corporal junto a otro moral, su cuantificación puede realizarse vinculando el daño moral al daño físico, de modo que uno guarde relación cuantitativa con el otro. Puede reclamarse en concepto de daños morales por ejemplo un 25%, un 50%, o un 75%, de la que correspondería por los corporales. Es decir, se trata de un importe a tanto alzado, pero con base sobre otro importe que sí ha sido objeto de una cuantificación objetiva.⁸¹⁰

3.- Realizando un cálculo discrecional, justificado en base a situaciones análogas, jurisprudencia existente, valoraciones complementarias... o cualquier elemento que, razonablemente, pueda vincularse al caso. Es evidente que se trata de una propuesta subjetiva, pero como dice el TS, no hay alternativa ya que: “*el daño moral por su carácter afectivo y de pretium doloris, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo*”.⁸¹¹

4.- Solicitar que sea el propio juez quien determine el *quantum* indemnizatorio, sobre la base de criterios de equidad. A este respecto, existe abundante jurisprudencia que defiende que sea el propio juzgador quien establezca la indemnización⁸¹², puesto que los daños morales son un concepto indemnizable para cuyo cálculo no existen bases concretas⁸¹³. Supone por tanto el reconocimiento de que le resulta imposible al litigante cuantificar por sí mismo el importe de la indemnización a percibir.

2.2.-EL PRINCIPIO DE INDEMNIDAD O REPARACIÓN INTEGRAL

2.2.1.- En cuanto al contenido de la indemnización

Sin duda, el principio imperante en materia de responsabilidad patrimonial es el de la “*restitutio in integrum*” o “reparación integral” (principio civil que tiene su origen en el Derecho romano), vigente tanto en el art. 106.2 de la Constitución, como el art. 32 de

⁸⁰⁹ Tanto es así que la nueva Ley 35/2015, de 22 de Septiembre reconoce su valor referencial para el ámbito sanitario, al disponer que servirá como referencia al futuro baremo sanitario.

⁸¹⁰ Tal como hace el Tribunal Supremo en su Sentencia 248/2011, de 4 de abril.

⁸¹¹ STS de 15 de junio de 2011.

⁸¹² STS de 20 de septiembre de 2010, SAP Burgos 218/2010, de 14 de julio; SAP Salamanca 131/2009, de 23 de octubre.

⁸¹³ SAP Madrid 129/2006, de 24 de marzo.

la nueva Ley 40/2015, de 1 de Octubre (y anteriormente el art. 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre) que se refiere a la reparación de “*toda lesión*” que los particulares “*sufran en cualquiera de sus bienes y derechos*”. De ahí, que el TS haya afirmado que la obligación de indemnización ha de tender a proporcionar “*la indemnidad*”, ya que “*solo con este criterio se cumple la exigencia constitucional de que la tutela sea efectiva y, por lo tanto, completa*”⁸¹⁴. Así pues, la fuerza de obligatoriedad de la reparación integral es acogida en nuestro sistema como regla (de manera legislativa) y además como principio (de manera jurisprudencial).

En consecuencia, la indemnización debe comprender todos los daños que habiendo sido alegados por el perjudicado, han quedado acreditados en el expediente, ya sean daños propiamente materiales (daño emergente y lucro cesante) como los inmateriales (entre los que se incluye el daño moral que, como hemos visto, ha sido llamado por la jurisprudencia “*pretium doloris*”).⁸¹⁵

El principio de indemnidad o de reparación integral del daño exige, por tanto, la compensación de todos los perjuicios padecidos, sin que la misma pueda representar ni un enriquecimiento injusto –por otorgar más de lo pedido⁸¹⁶- ni una mengua injustificada del patrimonio del perjudicado, conforme a los más puros principios de la justicia conmutativa. Acorde a dicho principio, podría decirse que la indemnización será plena (aunque no integral) en tanto contemple, no las repercusiones reales del hecho dañoso para el perjudicado, sino aquellos aspectos que el sistema jurídico considera relevantes⁸¹⁷. Ello conlleva que la plenitud en la reparación del daño moral difícilmente pueda alcanzarse en términos reales; máxime, si se considera que las personas pueden sufrir de manera distinta ante un mismo hecho, y lo que a ojos de alguien puede ser suficiente para compensar un perjuicio, puede no serlo para otro.

2.2.2.-En cuanto al momento de la valoración

⁸¹⁴ SSTS 29 de Noviembre de 1990, 21 de Enero de 1991, entre otras.

⁸¹⁵ SSTS de 16 de Julio de 1984 o 1 de Diciembre de 1986. A pesar de su uso generalizado, el “*pretium doloris*” realmente reviste una categoría propia e independiente de las demás y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (STS de 23 de Febrero de 1998).

⁸¹⁶ En algunos ordenamientos como el de EEUU se permite que en determinados supuestos, las indemnizaciones superen el valor del daño ocasionado a las víctimas. El Derecho español también recoge esta figura en algunos casos, si bien de forma limitada. Así por ejemplo el art. 123 del TR de la Ley Gral. de la Seguridad Social establece que cuando la lesión derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de dispositivos de precaución reglamentarios... se impondrá al empresario responsable un recargo de un 30 a un 50%.

⁸¹⁷ OTAOLA, M.A. (2012).Pág. 100.

Circunstancia importante para lograr la reparación integral es el momento al que debe referirse la valoración del daño. Si bien lo razonable –y así lo establece la Ley 40/2015, de 1 de Octubre - es atender al valor que tuviese el bien o interés dañado en el momento en que se produjo el hecho lesivo, en ocasiones no puede ser de esta forma, al mediar un lapso de tiempo entre tal hecho y el reconocimiento de la indemnización (con motivo de la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo y, en su caso, judicial). En ese tiempo pueden producirse variaciones intrínsecas (agravaciones o atenuaciones del daño)⁸¹⁸ o variaciones extrínsecas (la alteración no está en la magnitud del daño, sino en su apreciación económica, por el cambio del valor de la moneda en curso, fluctuaciones que se corrigen mediante la aplicación del IPC como factor de corrección).⁸¹⁹ Como hemos enunciado, en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración, el art. 34.3 de la Ley 40/2015 -y anteriormente el art. 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre-, dispone dicha actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial con arreglo al IPC fijado por el INE, además de los intereses de demora correspondientes de acuerdo con la Ley General Presupuestaria o en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, no es infrecuente que se deniegue por algún Tribunal dicha actualización, con el argumento de que la cantidad resulta líquida solamente a partir de su fijación en la sentencia; lo que ha sido rotundamente desautorizado por la jurisprudencia de la Sala Tercera del TS, que ha tachado tal proceder como subterfugio⁸²⁰. De manera que la Sala 3ª declara la necesidad de alcanzar la plena indemnidad del perjuicio causado por diversos modos: el abono del interés legal de la suma adeudada desde que se formuló la reclamación en vía previa, la actualización con cualquier índice o cláusula

⁸¹⁸ Hemos de tener presente, no obstante, que no todas las variaciones intrínsecas que se producen pueden ser tenidas en cuenta por los tribunales, por efecto del principio de congruencia que, como hemos visto, impone que el juzgador sólo puede valorar los daños alegados en el curso del proceso. Ello implica, que si antes de recaer sentencia pero una vez precluidos los trámites de alegación, se producen agravaciones de los daños ya aducidos o nuevos daños conectados causalmente con el hecho lesivo, no podrán ser tenidos en cuenta, sin perjuicio de que por el interesado se formule una nueva reclamación.

⁸¹⁹ En este sentido cabe citar la STS (Sala 3ª sec. 6ª), de 10 de Noviembre de 1998, (Pte: Peces Morate, Jesús Ernesto), que señala: *“La indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración debe cubrir todos los daños y perjuicios sufridos hasta conseguir la reparación integral de los mismos, lo que no se lograría si el retraso en el cumplimiento de tal obligación no se compensase bien con la aplicación de un coeficiente actualizador bien con el pago de intereses por demora, pues ambos sistemas propenden precisamente a la consecución de una reparación justa y eficaz”*. Además, la cuantía de la indemnización debe suponer una reparación íntegra.

⁸²⁰ Ello llevó al Tribunal Supremo, en la STS de 9 de febrero de 2002, a calificar tal modo de proceder de subterfugio o pretexto para apartarse, sin justificación razonable, del criterio seguido por el Tribunal Supremo. La Sala de instancia había dado como argumentos para no seguir la doctrina jurisprudencial, recogida en las Sentencias invocadas por el demandante, que dicha doctrina se había construido sobre *«casos especialmente sensibles desde el punto de vista humano y social»*, lo que *«denotaba que el criterio en ellas adoptado no pretendía adquirir rango de doctrina general en la materia, sino responder a hipótesis concretas»*. De la lectura de cualquiera de las Sentencias de la Sala Tercera, se deduce que la doctrina en ellas recogida tiene, por el contrario, un alcance tan general que abarca cualquier supuesto de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas.

de estabilizadores (como los de precios o depreciación de la moneda), o la fijación de una cantidad indemnizatoria en atención al momento en que se resuelve el pleito.⁸²¹

Considerando las posibles modificaciones que se pueden producir en los daños, de ser valorados en el momento en que se producen, no se tendrían en cuenta aquellas variaciones, por lo que no se cumpliría el principio de reparación integral. Por esta razón, tanto la jurisprudencia como la doctrina convienen que, para la valoración, el juzgador ha de situarse en el momento en que se dicta la resolución o la sentencia, realizando en ese momento la actualización del valor referido al momento en que se produjo.

2.2.3.- Los daños morales: una excepción al principio:

Superada ya la tesis de la no indemnizabilidad de los daños morales, es mayoritariamente admitida la idea de que si bien estos daños son indemnizables no son resarcibles, sino sólo de algún modo compensables⁸²². Sin perjuicio de lo cual, algunos autores siguen defendiendo que no cabe reparar o compensar los daños morales, y que las cantidades que otorgan los Tribunales por este concepto son realmente una sanción que se impone a los causantes del daño.⁸²³ Una reacción del Derecho ante daños de relevancia para la sociedad, donde la indemnización *“sirve de solemne desagravio y de autorizada afirmación de la estimación social de los bienes lesionados”*.⁸²⁴

Conscientes de la imposible reparación del daño moral, y de que su indemnización raramente repara sino que sólo alivia⁸²⁵, realmente se configura como la forma de proporcionar medios económicos para atenuar o eliminar las sensaciones dolorosas del perjudicado.⁸²⁶ Y si bien con esta idea se soluciona el problema que se le presenta

⁸²¹ Sentencias de 24 de enero, 19 de abril y 31 de mayo de 1997, 14 de febrero, 14 de marzo, 30 de junio, 10 y 28 de noviembre de 1998, 13 y 20 de febrero, 13 y 29 de marzo, 29 de mayo, 12 y 26 junio, 17 y 24 de julio, 30 de octubre y 27 de diciembre de 1999, 5 de febrero, 18 de marzo y 13 de noviembre de 2000, 27 de octubre y 31 de diciembre de 2001, 9 de febrero de 2002 y 5 de febrero de 2007.

⁸²² En este sentido, la STS (Sala 1ª) de 10 de Febrero de 2006 expresa que en efecto, se viene manteniendo que la reparación del daño o sufrimiento moral que no atiende a la reintegración del patrimonio va dirigida, principalmente, en la medida de lo posible, a proporcionar una satisfacción como compensación al sufrimiento que ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía a indemnizar apreciando las circunstancias concurrentes, de forma que la indemnización en estos supuestos supone una *“satisfacción como compensación al sufrimiento”*.

⁸²³ Se trataría de los *“punitive damages”*, impuestos para prevenir, pero también para castigar y enseñar, tanto para retribuir como para expresar indignación. SALVADOR CODERCH, P. (2000). Págs. 145, 146 y 150.

⁸²⁴ DE CASTRO (1972). Págs. 9 y 10.

⁸²⁵ CAVANILLAS MUGICA, S. (2006). Pág. 157.

⁸²⁶ En ese sentido la STS de 7 de febrero de 1962 ya expresaba: *“el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación de daño material, la víctima del perjuicio moral*

al juzgador al indemnizar estos daños, deja abierto otro escollo, cual es el de determinar qué cantidad de dinero puede proporcionar esa satisfacción, sabiendo que el daño moral escapa a toda posibilidad de valoración objetiva.

Y es que, como decimos, en los casos de perjuicios extra patrimoniales, la falta de criterios para objetivar su valoración impide que se pueda establecer la relación de equivalencia entre el daño padecido y la indemnización con la que se pretende su reparación; por lo que no resulta posible la aplicación real del principio de indemnidad o reparación integral, sin perjuicio de pretender que tal principio oriente en la medida de lo posible la valoración del daño moral.⁸²⁷ Podemos afirmar, así, que en este tipo de daños opera una excepción al principio de indemnidad, y no sólo por la razón expuesta, sino porque como explica DE ANGEL YAGÜEZ⁸²⁸, hablar de una reparación íntegra es una entelequia que sobre todo se observa en el caso de los daños morales o personales; pues, dado el carácter irreparable de este tipo de daño, los perjudicados no pueden esperar u obtener una reparación integral y plena. Y es que, es evidente que, por cuantiosa que sea la suma, la víctima probablemente nunca quedará restaurada en las condiciones previas a la lesión, siendo ilustrativa la reflexión que realiza GÓMEZ POMAR en el caso de un deportista que queda parapléjico:

“Todo el oro del mundo no basta para eliminar el sufrimiento que un deportista experimenta al quedar tetrapléjico como consecuencia de un accidente...Desde el punto de vista de la víctima, las cosas nunca volverán a ser como antes del accidente: por más que todos los gastos y pérdidas patrimoniales hayan sido objeto de una compensación en dinero, la víctima no será restituida a la situación anterior al terrible accidente que sufrió. De estar en el caso, nadie diría que le es indiferente sufrir el accidente y ser compensado que no sufrirlo”.⁸²⁹

padece dolores, y la reparación sirve para establecer el equilibrio roto, pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral”.

⁸²⁷ MEDINA CRESPO lo califica, en este sentido, como ‘principio ilusorio’ y como “concepto super indeterminado” (MEDINA CRESPO, (M., 1999), págs. 135 y 142; y al que REGLERO se refiere con la gráfica expresión de ‘fantasía inaprehensible’. REGLERO CAMPOS, L.F. (1997). Pág. 833.

⁸²⁸ Para DE ANGEL: “la reparación íntegra» constituye una entelequia, ya que al significar tener un módulo de referencia o comparación, “lo que en verdad ocurre aquí (en el ámbito de los perjuicios extrapatrimoniales) es que tal módulo de comparación no es siquiera imaginable, ya que la propia naturaleza inmaterial del daño experimentado por la víctima significa que la determinación de su «equivalente» en dinero será siempre por estimación o apreciación aproximativa, cualquiera que sea su montante o cuantía”. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., (1995). Pág. 59.

⁸²⁹ GÓMEZ POMAR (2000). Págs. 1 a 3.

Asumido el carácter ideal de este principio en el ámbito de los daños morales⁸³⁰, se ha llegado a un punto en el que, en las más recientes manifestaciones doctrinales, no se habla ya del principio de reparación íntegra cuando se trata del daño a la persona en sentido estricto. Siendo irreal en este ámbito este principio, se hace necesaria, por tanto, la búsqueda de otros criterios que puedan servir de guía para llegar a la reparación más justa de los daños ocasionados; y a falta de regulación positiva, es en la doctrina y sentencias de nuestros tribunales de donde pueden extraerse tales pautas.

Los Tribunales afrontan el problema de la indemnización del daño moral sin aparente criterio teórico, pareciendo que resuelven los casos siguiendo el dicho popular: *"Las penas con pan son menos"*⁸³¹; de manera que lo que se persigue es que la indemnización por daño moral compense los perjuicios que la víctima sufre en su vida personal (dolor físico y sufrimiento psíquico) y socio-familiar (capacidad de comunicación o relación), pues suponen la pérdida o detrimento de los bienes del perjudicado. No se pretende que el dinero sea una estimación en este caso de lo que se ha dañado. Simplemente, se quiere compensar, dando a la víctima una posible satisfacción que ponga a su alcance otros medios que atenúen la pérdida sentida; dando así muestra de que el Derecho no puede obviar que, cuando un bien extra patrimonial es conculcado, debe ser indemnizado. Así, si en el caso de los bienes materiales la indemnización los sustituye (es su equivalente), en el caso de los daños extra patrimoniales esto no puede realizarse y sólo cumple un rol de atenuar la aflicción.

Puede decirse, así, que en el ámbito del daño moral, se produce una relativización del principio de resarcimiento integral a través de la práctica de la equidad. Y ello, a juicio de algunos autores, no sólo no va en contra del principio de legalidad, pues no se busca una justicia diferente para cada caso, sino que procura no tratar de la misma forma situaciones que son diferentes; haciéndose valer para ello el papel de la equidad como fuente del derecho. Por nuestra parte, hemos de estar de acuerdo con este criterio, no sólo por lo subjetivo del daño, sino por el gran número de circunstancias que hacen de cada caso un supuesto único y porque, realmente, no parece que sea posible la igualdad si no se considera la totalidad de las circunstancias de cada uno. Ahora bien, ello requiere la unificación de criterios o pautas y la determinación de en

⁸³⁰ Planteada la contradicción de este principio con su práctica, se ha llegado a proclamar el estado de crisis y relatividad de este principio. DE ANGEL YAGÜEZ, A. (1995). Págs. 55 y ss.

⁸³¹ GÓMEZ POMAR (2000). Pág. 6.

qué circunstancias son aplicables, de tal manera que el resultado sea verdaderamente equitativo; pues de lo contrario, más que equidad será arbitrariedad lo que se practique.

Lo cierto es que observamos un generoso empleo por los Tribunales (en cuanto a la facilidad y frecuencia) de la indemnización por daño moral, lo que entendemos tiene su razón en un doble propósito: castigar conductas consideradas reprobables cuando el daño patrimonial es típicamente bajo (confiriendo a la indemnización un carácter punitivo); y, en segundo lugar, eludir los más estrictos controles de naturaleza probatoria, en cuanto a la cuantía aplicable al daño patrimonial en situaciones en las que la superación de los mismos es típicamente difícil para el demandante de resarcimiento.

2.3.- EL PRINCIPIO DE LA APRECIACIÓN SUBJETIVA O CONCRETA: “LA JUSTICIA DEL CASO CONCRETO”

Realmente, el hecho de que tanto la determinación de lo que son daños morales como su valoración resulten controvertidas es consecuencia de la escasez y falta del derecho positivo. Sin embargo, algo que puede parecer una laguna o carencia de la norma, ha sido justificado interpretándolo como una inconcreción consciente por parte del legislador, en la creencia de que con una regulación más minuciosa, aunque se ganara en seguridad jurídica, se limitaría la variedad de casos que tienen lugar en la realidad, siendo preferible una cierta indefinición para no cercenar ninguna posibilidad a los interesados. Entendiendo, además, como expresa ESTÉVEZ PENDAS que una regulación cerrada impediría a los Tribunales practicar la “Justicia del caso concreto”, *“que bien entendida, no tiene por qué suponer arbitrariedad de aquellos, sino enjuiciamiento detallado de cada caso y prueba acabada de los hechos y en concreto de la valoración del daño o lesión que el particular que reclama dice haber padecido”*, justificando que el hecho de que se puedan dar ciertas desigualdades tanto en la determinación como en la valoración de los daños *“constituye una especie de peaje inevitable en cierto modo por causa de la regulación abierta de la materia contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pero en todo caso esa desigualdad se corrige al menos en parte por la labor unificadora de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, por la doctrina de los diferentes órganos consultivos y también por los estudios doctrinales sobre la materia”*⁸³². De este modo, se defiende por éste y otros magistrados la necesidad de dejar abiertos los criterios a seguir en la valoración de los daños, para

⁸³² ESTÉVEZ PENDÁS, R. (2011). Págs. 29-36.

así propiciar la aplicación de los principios de justicia y la decisión en equidad, a fin de colmar las lagunas del derecho positivo, con consideración de los elementos que concurren en esta materia, y que vienen dados por la interrelación de la ciencia jurídica con la ciencia médica y la necesidad de casar ambas.

En ese sentido, la Sala 1ª del TS ha declarado que *“cuando el ordenamiento jurídico otorga una facultad discrecional a los Tribunales, no puede afirmarse que exista... vacío o falta de regulación legal, sino entrega de competencia en materia difícil o imposible de regular, por deber de ajustarse al caso concreto, como ocurre con el fin indemnizatorio”*.⁸³³

Expuestas las anteriores consideraciones, se pone de manifiesto que en el caso de los perjuicios morales resulta conveniente una valoración específica del daño sufrido por el perjudicado en cuestión, en la que se ponderen las circunstancias particulares en virtud de las cuales el daño tendrá mayor o menor intensidad; obteniéndose la reparación integral a través de una *“reparación in concreto”*.

El principio de la valoración *“in concreto”* del daño reside verdaderamente en la soberanía del juzgador, que tiene libertad para elegir en cada caso tanto el sistema de valoración como las circunstancias del perjudicado a tener en cuenta para fijar la indemnización (aspectos familiares, sociales, salud, etc...), sin vinculación, salvo excepciones, a reglas preestablecidas tales como un baremo.⁸³⁴ Supone, pues, la puesta en práctica del arbitrio judicial, sin que ello implique que se trate de un poder absoluto, pues en todo momento el juzgador habrá de actuar con sometimiento a los principios generales del resarcimiento, pudiendo recurrir por lo menos de forma orientativa, al análisis de casos similares para ajustar la reparación.

Sin embargo, lo cierto es que existe tal discordancia en las indemnizaciones concedidas por sentencias judiciales, que se llega a calificar de *“lotería judicial”*⁸³⁵ el hecho de solicitar y obtener una indemnización por este tipo de daños. De manera que cuando se formula una reclamación, aun atisbando que pueda ser estimada, resulta difícil aventurar cual será el resarcimiento esperable. Esta circunstancia es

⁸³³ A este tenor, la STS (Sala 1ª) de 25 de marzo de 1991.

⁸³⁴ En este sentido, la STS (Sala 1ª) de 20 de junio de 2003, de casación de una sentencia que aplica de forma analógica el baremo de tráfico, señalando: *“lo procedente es procurar la reparación íntegra del daño causado sin limitaciones impuestas por un sistema no aplicable al caso litigioso...el tribunal acabó introduciendo en perjuicio de la actora-recurrente unos límites cuantitativos que la Ley no quiere para casos de responsabilidad civil ajenos a ese ámbito concreto, incurriendo así en la infracción de normas y jurisprudencia”*.

⁸³⁵ Así lo expresa VICENTE DOMINGO, E. (1994). Pág. 265, nota nº822.

preocupante para la Doctrina y, desde hace tiempo, no cesa la búsqueda de fórmulas que aseguren la igualdad entre las víctimas, lo que a juicio de algunos autores se consigue con la introducción de un baremo específico, al igual que, como veremos, ocurrió en materia de tráfico.

3.- LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO SANITARIO

3.1.- INTRODUCCIÓN

En contra de lo que propugna la Constitución en su art. 149.18^a, realmente resulta difícil hablar en este tema de un "sistema" indemnizatorio, pues tal y como explica BELLO JANEIRO: *"No existe sistema cuando una misma secuela física es valorada de forma distinta por las diferentes Administraciones o por alguno de los diversos regímenes de cobertura de daños"*⁸³⁶, lo que, como decimos, viene siendo práctica habitual en nuestro Derecho.

No obstante lo anterior, en nuestro marco jurídico, al igual que en el derecho comparado, a través de la jurisprudencia y las aportaciones doctrinales, se han desarrollado una serie de objetivos y pautas que sirven de criterio para la determinación de la correspondiente indemnización, y que pretenden encuadrar ese mal llamado "sistema indemnizatorio":

- La determinación de la indemnización deberá perseguir la reparación integral del daño, en aplicación del ya estudiado principio de indemnidad.
- Habrían de evitarse las indemnizaciones globales, fundamentando y desglosando cada una de las partidas de la indemnización (es lo que se denomina reparación vertebrada, que se propugna como criterio básico en el sistema indemnizatorio de tráfico).
- Resultaría conveniente la creación de tablas o baremos para daños morales que permitieran a los jueces un parámetro para fijar la indemnización.
- Para la fijación de la indemnización, habrían de tenerse en cuenta también consideraciones de carácter macro y macroeconómicas (como es el grado de desarrollo económico del país y la situación particular de la víctima).

⁸³⁶BELLO JANEIRO, D. (2009). Págs. 15 y 16.

- Sería útil realizar publicaciones periódicas de las indemnizaciones judiciales de las que pudiera extraerse información estadística, para uniformar decisiones en casos similares.

No obstante, y aunque nuestros tribunales suelen apoyarse en alguno de los criterios citados, lo cierto es que muy a menudo terminan sus resoluciones fijando una cantidad como indemnización, justificada simplemente mediante una fórmula de estilo. En estos casos, no sólo no se realiza una correcta valoración del daño, sino que además, tampoco se justifica ni motiva la decisión adoptada, por lo que estas prácticas se alejan del objetivo pretendido de reducir la arbitrariedad de los Tribunales. Y es que, si lo que se persigue es que la valoración de la indemnización sea más transparente y fundamentada, no basta el señalamiento sin más de los criterios o pautas que se afirma han sido tomados en consideración, indicando que todos ellos fueron ponderados por el tribunal para llegar a la toma de su decisión. Habrían de explicitarse dichos criterios explicando el peso específico o relevancia (este es el sentido de ponderar) de cada uno de ellos en la determinación de la indemnización, con explicación de las razones que se han considerado para ello y cómo se llega a la cantidad final. Sin embargo, no es esto lo que se observa y, ni tan siquiera cuando se emplea el conocido baremo de tráfico, se argumenta el modo en que se aplica al caso concreto.

En materia sanitaria, en la actualidad, la única alusión que encontramos en nuestro derecho positivo es la que contiene la nueva Ley 35/2015, de 22 de Septiembre, en su Disposición Adicional Tercera, al señalar que el sistema de valoración regulado en dicha Ley servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria.⁸³⁷ Y es que, a la espera de ese baremo sanitario que no llega, ha sido y es

⁸³⁷ Buscando en nuestro Ordenamiento, y en relación a distintos ámbitos sustantivos, podemos encontrar las siguientes reglas o marcos de referencia que permiten hallar criterios valorativos o de cuantificación de los daños: 1.- El llamado "Baremo de Tráfico" establecido en el Anexo de la Ley de responsabilidad General del Seguro de Circulación de Vehículos a Motor (LRGSCVM), y ahora con la nueva Ley 35/2015, de 22 de Septiembre, que constituye el paradigma de sistema de cuantificación tasada de daños en nuestro Ordenamiento. Si bien se refiere a la responsabilidad generada por los accidentes de tráfico, es de habitual aplicación en materia de derecho sanitario, no sólo por la extensión que se hace de su uso a otros ámbitos por parte de Administración y Tribunales a fin de buscar la seguridad jurídica, sino también por compañías de seguros y peritos expertos en valoración de daño corporal para realizar cálculos de previsiones de siniestros. 2.- La Ley de Expropiación Forzosa, en la que se expresa que los daños morales derivados de daños patrimoniales son cuantificables mediante reglas valorativas ciertas. 3.- En el art. 9.3 de la LO de Protección de Derecho al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen se dispone que: *"la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido y el beneficio obtenido"*, precepto del que puede extraerse la conclusión de que se hace presumir *iuris et de iure* la existencia de perjuicios como consecuencia de la

por tanto el baremo de tráfico el que se suele emplear para calcular las indemnizaciones, lo que no resulta tarea fácil ni carente de objeciones, pues es evidente que se trata de un baremo previsto para daños de distinta naturaleza, y la materia sanitaria es tan singular que no siempre encuentra encaje en él, por lo que no en todos los casos puede ser aplicado, optando por modificar sus cuantías o bien por no aplicarlo estrictamente. Pero, además, esta circunstancia hemos de ponerla en relación también con otro de los problemas que surgen en este escenario, con motivo del aseguramiento de la responsabilidad patrimonial, al influir en la fijación de las indemnizaciones los criterios que se establecen en las correspondientes pólizas de seguros suscritos por las Administraciones Sanitarias y las Compañías Aseguradoras de su responsabilidad patrimonial.⁸³⁸

Con respecto a los daños morales, su valoración sigue suscitando todo tipo de dudas e indecisiones que no permiten poner fin al eterno debate sobre la conveniencia o no de tabular sus indemnizaciones, sabedores de que el baremo de tráfico aquí se queda corto y escaso. A este respecto, apuntaba el propio Tribunal Constitucional en STC 181/2000, de 29 de junio, que sería necesario que *“el legislador, actuando en el ámbito de su legítima libertad de configuración normativa”* estableciera un sistema general para la reparación de los daños no patrimoniales causados a las personas, donde su valoración se hiciera con criterios más generosos que los fijados para las indemnizaciones por los daños causados por accidentes de circulación. Los sectores doctrinales que abogan por el establecimiento de un baremo para el cálculo del daño no patrimonial consideran que de esta forma se pondría fin al difícil equilibrio que se ha descrito entre reparación integral del daño, sistema de evaluación abierta de indemnizaciones, soberanía del tribunal de instancia y motivación de las sentencias y que, además, se conseguiría reducir algunos de los problemas que se asocian a la variabilidad de las indemnizaciones concedidas por los tribunales en casos similares (entre otros, inseguridad jurídica, mal funcionamiento de los mecanismos de resolución extrajudicial, dificultad y encarecimiento del aseguramiento de riesgos...). Sin embargo, no parece fácil el establecimiento de tales tablas indemnizatorias, y no sólo

intromisión declarada, de ahí que no quepan condenas simbólicas para resarcir el daño moral causado. (STS de 12 de diciembre de 2011). 4.- Ley de Navegación Aérea 48/1960, de 21 de julio: establece techos indemnizatorios de la responsabilidad que surge en dicho sector. 5.- Jurisprudencia de la Sala 3ª del TS para indemnizaciones por prisión indebida, que ha creado una regla de cálculo de la indemnización por daño moral en un grupo de casos.

⁸³⁸ A este respecto, señala BELLO JANEIRO: *“Por otro lado, el cumplimiento de la exigencia constitucional de “sistema” de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas requiere que se disponga de forma expresa la interdependencia entre los diversos regímenes de cobertura y los criterios de articulación entre las reparaciones que resultan de las pólizas de seguro y las indemnizaciones a título de responsabilidad patrimonial”*. BELLO JANEIRO (2009). Págs. 15 y 16.

por la dificultad de normativizar unos criterios que no se presentan homogéneos, sino por las reticencias de algunos sectores sobre dicha baremación.

Viva la discusión sobre la necesidad o no de baremar los daños morales, hoy por hoy el Tribunal Supremo⁸³⁹ viene incidiendo en que a la hora de efectuar la valoración del daño indemnizable, la jurisprudencia ha optado por efectuar una valoración global, que derive de una *“apreciación racional aunque no matemática”*⁸⁴⁰, pues se *“carece de parámetros o módulos objetivos”*⁸⁴¹, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo *“las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas”*⁸⁴² en una suma dineraria. En este sentido, el TS reitera el innegable *“componente subjetivo en la determinación de los daños morales”*⁸⁴³, que dificulta su conversión a medidas objetivas.

Vigentes dichos parámetros, y en materia sanitaria, lo cierto es que lo que sí podemos afirmar es que, hoy por hoy, nos encontramos con un sistema de libre elección de la técnica valorativa, por lo que podemos encontrar indemnizaciones fijadas por distintos medios; sin que suela explicarse por qué se escoge uno u otro, más allá de intentar justificar la corrección del instrumento elegido *ad hoc*. Fundamentalmente, son tres las formas de calcular la indemnización:

1º) Según el baremo de tráfico

a) *Aplicado de forma literal o estricta.*

b) *Aplicado con adaptaciones:* por ejemplo, incrementando las cantidades que resultan del baremo. Como es el caso de la -STSJM 10ª 388/2014, de 19 de Mayo de 2014 (se reclama por secuelas tras una punción lumbar), en la que se incrementa en 3.000€ la indemnización resultante por baremo, *“por entenderla más acorde al completo resarcimiento del resultado definitivamente acaecido, en concordancia con el valor meramente orientativo y no vinculante del expresado baremo que proclama la jurisprudencia.”*⁸⁴⁴

⁸³⁹ STS (Sala 3ª) 8109/2012, de 3 de diciembre, en recurso de unificación de doctrina (a tenor de la STS de 3 de Enero de 1990).

⁸⁴⁰ SSTs 20 de octubre de 1987, 15 de abril de 1988 o 5 de abril y 1 de diciembre de 1989.

⁸⁴¹ Así lo refiere la STS de 27 de Noviembre de 1993

⁸⁴² Como hace la STS 23 de Febrero de 1988.

⁸⁴³ Como ya expresaba en la STS de 19 de Julio de 1997.

⁸⁴⁴ Igual ejemplo lo encontramos en el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 198/2015, de 22 de Abril de 2015. En relación a la reacción de un bebé al darle leche de vaca en lugar de leche sin lactosa siendo alérgico, se calcula la indemnización por baremo en 320€, pero entendiendo que tal indemnización *“no cubre la totalidad del daño padecido”* (aunque no explicita cuál es el daño que reconoce), entiende más correcta una indemnización de 1.500€.

2º) Fijándolo a tanto alzado. invocando o no de soslayo el baremo de tráfico. Así lo hace, por ejemplo, la STSJ Madrid (Sala 10ª) núm. 45/2016, de 5 de Febrero de 2016 (se reclama por la lesión sufrida por mal funcionamiento del trócar de seguridad al atravesar la pared abdominal en intervención ginecológica por no estar recubierta la parte punzante con la camisa de protección). Se solicita como indemnización 200.000€, y el Tribunal invocando el carácter orientativo del baremo la fija en 44.000€ sin explicitar de donde sale la suma. Igualmente, la STSJ Madrid 17/3/2014, Sección 10ª en la que se realiza la cuantificación según baremo, y sin embargo se toman sus cantidades a tanto alzado.

3º) Fijando cantidades en alusión a las señaladas para casos similares. Como hace, entre otras, la STSJ Madrid de 17 de Septiembre de 2015, al indemnizar por analogía con otros casos similares.

3.2.- EL BAREMO PREVISTO PARA INDEMNIZACIONES POR ACCIDENTES DE TRÁFICO: SU UTILIZACIÓN PARA CUANTIFICAR EL DAÑO SANITARIO:

3.2.1.-Sus orígenes y sus críticas

En un primer momento, sin regulación alguna al respecto, eran los Tribunales quienes, a la hora de indemnizar los daños ocasionados por accidentes de tráfico, determinaban las cuantías indemnizatorias de una forma discrecional, en ejercicio de su arbitrio, con el único sustento de los principios generales de Derecho. Conformaban así un sistema abierto, en el que no se podía prever qué indemnización correspondería, pues dependía del libre criterio del juez. Como no podía ser de otra forma, tal situación propiciaba la inseguridad jurídica de los perjudicados, la dificultad de los jueces para cuantificar los daños y la incerteza de las Compañías Aseguradoras a la hora de calcular los riesgos a asegurar. La concurrencia de tales factores y la fuerte presión de las Compañías forzaron al Legislativo a ordenar la situación, para transitar así desde la pura judicialidad a la legalidad valorativa.

El primer paso tiene lugar con de la O.M. de 5 de marzo de 1991, mediante la cual se publica un baremo de daños corporales de carácter meramente orientativo y no vinculante, en el que tuvieron intervención las grandes compañías aseguradoras en materia de tráfico, con la colaboración de la Dirección General de Seguros. Dicho

baremo, basado en el cálculo de puntos (grado de incapacidad multiplicado por el punto asignado en baremo), fue recibido de distinta forma por los Tribunales, y así mientras que para algunos supuso un alivio en su tarea acatándolo de buen grado, otros reaccionaron con rechazo, al verse mermados en su discrecionalidad judicial.

Ante la divagante situación, y aprovechando la necesidad de adaptar el sistema a las normas comunitarias, se implanta un método semejante al anterior pero con carácter vinculante, mediante la publicación de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que, en su disposición adicional octava, estableció modificaciones en la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor e introdujo no solo un cambio de nombre (“Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor”), sino también en sus disposiciones, al prescribir que los daños y perjuicios causados a las personas (incluido tanto el valor de la pérdida sufrida como de la ganancia que hayan dejado de obtener), previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del accidente de circulación, incluyendo los daños morales, se cuantificarían en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la ley⁸⁴⁵. No obstante, el nacimiento del mismo estuvo acompañado de cierto escándalo, al afirmarse que la redacción de las disposiciones de la Ley se había dejado en manos de los representantes de las Compañías Aseguradoras, lo que sembró de prejuicios la opinión de jueces y profesionales de la materia.

Posteriormente, el sistema fue modificado por el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, cuyas cuantías se han ido actualizando anualmente por sucesivas resoluciones de la Dirección General de Seguros (la última en el año 2014).

Recientemente, el sistema ha sido nuevamente modificado con la Ley 35/2015, de 22 de Septiembre, de Reforma del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que entró en vigor el 1 de Enero de 2016, como adaptación del sistema indemnizatorio de tráfico al marco europeo y al estado de la ciencia, rigiendo para los siniestros que ocurran a partir de dicha fecha. Disponiendo expresamente dicha Ley que será aplicable a los siniestros que ocurran a partir de su entrada en vigor, y que los anteriores seguirán regulándose por el RDL 8/2004; con respecto a otros ámbitos (daños sanitarios, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales), los Tribunales han aclarado que no tiene

⁸⁴⁵ Art. 1 apartado 2 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

efectos retroactivos, por lo que igualmente sólo sería de aplicación para hechos posteriores a su entrada en vigor.⁸⁴⁶ Sin perjuicio de ello, puede observarse como el nuevo baremo introducido mediante la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, puede ser aplicable a casos ocurridos con anterioridad de su entrada en vigor, como criterio orientador. Esta aplicación orientativa es distinta a la aplicación con efectos retroactivos de una determinada norma.⁸⁴⁷ Es lo que se ha denominado “aplicación intersticial” del nuevo Baremo⁸⁴⁸, que tiene un fundamento actuarial y podría jugar un papel intersticial “*en espacios que el viejo Baremo (y su jurisprudencia) deja abiertos a la libre acreditación o valoración del daño sufrido*”, y que viene a analizar los casos dados hasta el momento en esta aplicación del nuevo baremo.

Ello supone que, en estos momentos, coexistan los dos sistemas, sin perjuicio de que en el ámbito que nos atañe ambos sigan teniendo un carácter puramente orientativo, cuyo valor se reconoce ya expresamente como tal en la nueva Ley 40/2015, de 1 de Octubre, y como referencial en la Disposición Adicional Tercera de la nueva Ley 35/2015 al establecer que la futura –y casi quimérica- regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria tendrá como referencia tal sistema de valoración.

Inicialmente, el sistema de baremo, sólo era aplicable a los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, en los que no hubiera dolo⁸⁴⁹. Ello fue motivo de críticas, al entender que suponía una diversidad de trato a la hora de resarcir los daños causados, según hubiera mediado dolo o no y que iba en contra de la función que la responsabilidad civil tiene en nuestro derecho, que por no ser punitiva, no se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta y la reprochabilidad del responsable, sino en relación a la entidad del daño. Por otro lado, al estar limitado su uso sólo a los daños por accidentes de tráfico, se objetó que era incomprensible que no tuvieran la misma regulación que los daños derivados de actos ilícitos civiles o

⁸⁴⁶ Así lo expresan, entre otras la STSJ Castilla y León de 30 de Septiembre de 2015 (Sala Contencioso-Administrativo), STSJ Andalucía (Sala Contencioso-Administrativo) de 26 de Octubre de 2015 y STSJ Andalucía (Sala Social) de 30 de Septiembre de 2015.

⁸⁴⁷ Ejemplo de aplicación orientadora, y no retroactiva, es la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (SAP de 29 de octubre de 2015) en la que se realza la aplicación orientativa para un supuesto de resarcimiento de lucro cesante, de la novedosa Ley 35/2015. La solución adoptada no es la aplicación retroactiva del nuevo baremo, sino una aplicación orientativa; pues en el supuesto del lucro cesante, en el sistema anterior de valoración del daño corporal, no existe norma expresa al respecto, y es a partir de esta norma cuando disponemos de un sistema para su valoración, lo que fundamenta su aplicación orientativa a supuestos de accidentes de circulación ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 35/2015.

⁸⁴⁸ CAVANILLAS MÚGICA, S. (2016) “Aplicación principal del nuevo Baremo”, blog Zona Responsabilidad Civil. 22 de febrero de 2016. <http://zonaresponsabilidadcivil.blogspot.com.es/2016/02/aplicación-anticipada-del-nuevo-baremo-29.html>

⁸⁴⁹ Anexo primero 1 del R.D.L. 8/2004.

penales, cualquiera que sea su origen, suponiendo una disparidad entre daños de la misma entidad. En todo caso, a partir de la STS de 26 de Marzo de 1997⁸⁵⁰ que dispuso tales reparos, y tras el pronunciamiento del TC en la importante STC 181/2000, de 29 de Junio, que declara la inconstitucionalidad de alguna de sus disposiciones, se puede afirmar con rotundidad que el sistema de baremo es una técnica válida en el Ordenamiento Español para la valoración de los daños causados a las personas, aplicándose con carácter vinculante para todos aquellos daños producidos por

⁸⁵⁰ Incluso, el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de marzo de 1997 introdujo en *obiter dicta* una importante crítica al sistema de baremo recogido en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, al querer aplicar de manera generalizada el sistema no sólo en el ámbito del seguro obligatorio, sino también en el voluntario, poniendo de relieve las siguientes críticas: 1º) La aplicación forzosa a todos los daños personales causados en la circulación, tanto en la cuantía cubierta por el Seguro Obligatorio como por el Voluntario, supone una limitación de las funciones de los Tribunales que, si fueran obligados a sujetarse al baremo, incluso en los supuestos en que, por defecto o por exceso, los daños probados no coincidieran con los señalados en el baremo, se verían forzados a prescindir de una parte importantísima de su función jurisdiccional cercenando con ello sus facultades de valoración de la prueba. 2º) El baremo resultaría igualmente inaplicable en las ocasiones en que las partes pacten un seguro voluntario que se superpone sobre el obligatorio, y que es desdeñado por el baremo, que a la hora de cuantificar no contempla la usual falta de limitación de la responsabilidad de los aseguradores del seguro voluntario). 3º) La aplicación forzosa del baremo conculca directamente, el artículo 1902 del Código civil, y su reiterado desarrollo jurisprudencial, que ordena expresamente “*reparar el daño causado*” por culpa o negligencia; lo que no parece cumplirse cuando la vinculación obligatoria a un baremo sustituye “*la reparación del daño causado*” por una indemnización apriorísticamente fijada y que, a menudo, no coincide con la realidad del daño. 4º) Por otra parte, la imposición forzosa y exclusiva del baremo para los daños ocasionados por la circulación supone una clara discriminación con relación a los producidos por otras causas (una caída en la vía pública, debida a la negligente construcción o mantenimiento de las zanjas y obras urbanas, pueden comportar para la víctima una compensación económica, por día de incapacidad; mientras que si las lesiones son producidas por el golpe de un vehículo, que precipita a la víctima a la misma zanja, como consecuencia de tratarse de un accidente de circulación, la cantidad señalada por día sería muy inferior a la primera). Tal desigualdad de trato jurídico podría vulnerar claramente el principio de igualdad ante la ley, que proclama el artículo 14 de la Constitución. 5º) Finalmente, también el derecho a la vida e integridad física que recoge el artículo 15 de la Constitución aparece infringido por la aplicación obligatoria de los baremos, pues en aquellos casos en que se ha producido un atentado contra tal derecho compete a los órganos judiciales reparar el daño causado; y esto no tiene lugar cuando la reparación del daño no alcanza a la totalidad de su contenido, sino a la suma que el baremo fija, con independencia de su cuantía real, atendiendo a la indemnización que se estima justa en relación al importe del Seguro Obligatorio. No obstante, esta sentencia fue objeto, a su vez, de una severa crítica, por entender que el Tribunal Supremo se había excedido de sus funciones que no son otras que las de interpretar y aplicar la normas jurídicas, calificándose lo establecido en la sentencia como una especie de “golpe de estado” judicial que resultaba especialmente significativo porque, a diferencia de otros supuestos, la desobediencia al mandato de la norma no se escondía bajo el ropaje de su interpretación y aplicación, sino que se expresaba de forma clara y rotunda. Se apuntaba que de los argumentos recogidos en la sentencia se desprendía que el poder Judicial se venía a convertir, por medio de la autoatribución de competencias, en poder legislativo. Por otra parte, se consideraba que el Tribunal Supremo se auto arrogaba funciones de control constitucional cuando declaraba abiertamente inconstitucional la ley, y aunque evidentemente esta declaración no implicaba su nulidad formal, sin embargo, de alguna forma sí la nulidad material, debido al efecto expansivo de la sentencia sobre los órganos jurisdiccionales inferiores. Con posterioridad, el TC se pronunció sobre la controversia planteada en la sentencia 181/2000, de 29 junio y admitió parcialmente los recursos de inconstitucionalidad presentados declarando la inconstitucionalidad y por tanto la nulidad de algunos apartados de la ley. El fallo suponía dar la razón, en parte, a aquellos que consideraban injusto el sistema de valoración de las indemnizaciones puesto que las cifras contempladas en las tablas del baremo ya no serían exclusivas para establecer las indemnizaciones que el perjudicado recibiría por el daño sufrido. Además se reconocía la trascendencia de la actuación del causante del daño a la hora de resarcir los daños ocasionados en la víctima, puesto que no podían ser valorados por igual aquellos daños ocasionados sin culpa que los daños producidos con existencia de culpa relevante, y en su caso declarada judicialmente del causante del daño. Por otra parte, el Tribunal Constitucional subraya que la inconstitucionalidad declarada parcialmente viene limitada a los perjuicios económicos derivados de la incapacidad temporal, pero no a otro tipo de lesiones. Y así, con carácter general, se considera que el baremo se aplique para la cuantificación de los daños corporales de difícil valoración, pero no en el ámbito del lucro cesante.

accidentes de tráfico. De hecho, se da la paradoja de que siendo tan criticado y rechazado inicialmente por los Tribunales, sin embargo son éstos mismos los que hoy con carácter generalizado se están valiendo de los criterios establecidos en ella para fijar las indemnizaciones por los daños corporales producidos en circunstancias ajenas a los accidentes de circulación.

3.2.2.- La expansión del baremo a otros ámbitos ajenos a la circulación de vehículos a motor: la posición del Tribunal Supremo

Tras un camino lleno de discusiones, críticas, alabanzas y todo tipo de posiciones controvertidas, lo cierto es que el “Baremo de Tráfico” (como vulgarmente lo conocemos), ha resultado ser un instrumento enormemente práctico por su utilidad a lo hora de fijar indemnizaciones por daños personales. Este hecho ha determinado que su uso se haya expandido a otros ámbitos, siendo distintas tanto las trayectorias como las interpretaciones realizadas por el Tribunal Supremo en cada uno de los órdenes jurisdiccionales; por lo que, para analizar la posición del Alto Tribunal en relación al baremo, es necesario distinguir entre sus Salas:

- Sala Primera: Si bien es la que tradicionalmente se ha mostrado más reticente a la extensión de los baremos a otros ámbitos⁸⁵¹, no obstante, con el transcurso del tiempo ha ido suavizando su postura, al reconocer su valor orientativo a criterio del juzgador, justificado por razones de equidad e igualdad a fin de reparar el daño causado sin discriminación ni arbitrariedad, debiendo tener siempre presente las circunstancias concurrentes en cada caso.⁸⁵² Una vez determinado el carácter obligatorio en materia de tráfico –tras superar los cuestionamientos planteados en el ámbito civil que denunciaban su inconstitucionalidad⁸⁵³-, se empieza a aplicar también en el ámbito del

⁸⁵¹ Haciendo suya la doctrina del TC en STC 181/2000, se manifestó la Sala en la STS de 20 de junio de 2003, en la que el Tribunal considera que el sistema de tráfico es perjudicial para el recurrente. En igual sentido, las SSTs de 22 de Julio de 2004 y 2 de marzo de 2006.

⁸⁵² Así lo expresa la STS de 16 de Diciembre de 2013, siendo ejemplo del que denomina como “*efecto expansivo*” del baremo la STS de 15 de Octubre de 2012 en la que, por el fallecimiento de un menor a causa de una electrocución, se condena a una compañía eléctrica a pagar una indemnización que el Tribunal fija según baremo de tráfico.

⁸⁵³ El baremo llegó a ser tachado por su inconstitucionalidad no sólo por importantes sectores doctrinales sino por los Tribunales, al sostener que vulneraba los preceptos constitucionales que recogen el principio de igualdad (Cfr. art. 14), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1) y el que garantiza la independencia de la justicia al impedir la vulneración de la reserva de jurisdicción (Cfr. Art. 117); no obstante, esta opinión no fue unánime en la doctrina ya que, por el contrario, también muchos autores de relevante autoridad mantuvieron precisamente su constitucionalidad. DIEZ PICAZO (1999) Págs. 232 y ss. En su opinión hay que distinguir entre que una ley sea injusta y que una ley sea inconstitucional, y con respecto a esta ley considera que es injusta, pero no entiende que sea inconstitucional; porque, a su juicio, ni viola el derecho a la tutela judicial efectiva ni tampoco el derecho fundamental del art. 15, contra el principio de libertad de pactos que informa nuestro Código civil y sobre el que se funda la teoría general de la contratación civil, provocando, además, un lucro en quienes, percibiendo una prima mayor que la

daño sanitario. De forma que, frente a tales críticas, se imponen las ventajas que se aprecian en su uso. En este sentido, se ha defendido su aplicación a los daños ocasionados por la medicina voluntaria o satisfactiva, entendiendo que existe cierto paralelismo en cuanto a la objetivación de la responsabilidad en ésta, ya que al igual que sucede con el uso de vehículos de motor (donde se asume un riesgo o peligro por el simple hecho de circular), someterse a una intervención o tratamiento de carácter voluntario implica también la asunción de un riesgo. Igualmente, se considera adecuada la aplicación del baremo para los daños ocasionados en parques de atracciones y feriales, pues no se aprecian razones para que su indemnización se realice de forma distinta.

- Sala Segunda: Mantiene como doctrina consolidada la aplicación obligada del baremo para daños por circulación⁸⁵⁴, yendo en ocasiones más allá de lo dispuesto en el mismo, ya que lo aplica incluso en causas dolosas a pesar de estar excluidas (incrementando en un tanto por ciento la cantidad tabulada).⁸⁵⁵ En este sentido, el TS ha señalado que, sin suponer una inflexible limitación en la valoración de los perjuicios, el baremo brinda, cuando menos, criterios objetivos y de general aplicación, introduciendo claridad, precisión y certeza; razón por la cual *“su observancia no precisa de una expresa justificación, exigible por el contrario cuando el Tribunal decide separarse de las valoraciones normadas.”*⁸⁵⁶ No obstante, en este orden se ha puesto de manifiesto la conveniencia de incrementar las cantidades resultantes en un 10 ó 20% especialmente cuando el daño moral sea más acentuado.⁸⁵⁷

- Sala Cuarta: Si bien, en un primer momento, no existía una línea uniforme en este ámbito, con la STS de 17 de Julio de 2007, se dio un paso decisivo a favor de su aplicación en la fijación de indemnizaciones por accidentes de trabajo y enfermedad profesional, tras hacerse relevantes sus ventajas (facilita la prueba del daño y su valoración, disminuye los conflictos judiciales y favorece la rapidez en la solución). La doctrina de lo Social reconoce el valor orientativo del baremo no vinculante, pudiendo apartarse de sus criterios, pero de siempre que sea de forma razonada.

- Sala Tercera: Siendo doctrina asentada el valor orientativo y no vinculante del baremo, hoy en día se aplica de manera generalizada el baremo de tráfico para el

debida por el Seguro Obligatorio, no van a responder sino por los límites que el baremo señala en atención al mismo.

⁸⁵⁴ En este sentido, la STS de 15 de abril de 2005. Por su parte, la Circular 10/2011, de la Fiscalía General del Estado reconoce en su apartado XIX sobre el resarcimiento a las víctimas de accidentes de tráfico su obligatoriedad. www.fiscal.es

⁸⁵⁵ Es el caso de la STS de 20 de Febrero de 2013, en la que el TS incrementa en un 20% las cantidades resultantes del Baremo, al tratarse de lesiones dolosas, entendiendo que ello supone un plus de aflicción.

⁸⁵⁶ Al respecto, la STS de 10 de abril 2000.

⁸⁵⁷ Así se recoge en Acuerdos de 29/5/2004 y de 10/06/2005 de Unificación de Criterios del Orden Penal de la Audiencia Provincial de Madrid.

cálculo de la reparación de los daños personales en los casos de responsabilidad patrimonial, por considerarlo objetivo y razonable.

En un principio, la Sala 3ª del TS (que, hasta entonces, había actuado con discrecionalidad absoluta a la hora de valorar el daño, en uso del amplio margen de ponderación que se les había reconocido⁸⁵⁸), se sumó a la aplicación del baremo en busca de un sistema legal de tasación, no solo para justificar la cuantificación de sus indemnizaciones, o como orientación cuantitativa, sino para diferenciar e individualizar los conceptos indemnizatorios del daño (sobre todo para poder deslindar el moral del patrimonial).⁸⁵⁹ Posteriormente, sin embargo, se supera tal doctrina, cuando la Sala entra a ponderar los distintos elementos y circunstancias de cada caso en concreto, y comprueba que no todo se recoge en las tablas, teniendo que rebasar sus límites. La Sala de lo Contencioso-Administrativo otorga, así un valor orientativo al baremo de tráfico⁸⁶⁰, si bien son dispares las sentencias en cuanto al papel que se le otorga. Así, mientras que en algunas ocasiones se hace referencia a su aplicación “*por analogía*”⁸⁶¹ u orientativa, en otras resoluciones no se toma en consideración, por entender que el baremo no es vinculante. Incluso, el TS ha ido más allá y aunque las cuestiones referidas a las cuantías de las indemnizaciones, en principio, quedarían fuera del recurso de casación por tratarse de una cuestión de hecho; en algún caso, ha servido para discutir las bases sobre las que se asienta la cantidad indemnizatoria o la posible desproporción de la cuantía fijada de acuerdo con la “racionalidad media”.⁸⁶²

¿Carácter orientativo o analógico?

Pese a que muchos Juzgados y Tribunales lo hacen, hemos de aclarar que resulta impropio aludir a su valor analógico en sentido jurídico (cuestión distinta es la acepción de la analogía entendida como similitud). Y es que, subrayando que no existe una laguna legal al respecto que imponga la aplicación analógica de las normas legales de tasación con arreglo a lo establecido en el artículo 4.1 CC, no resulta correcta la alusión a la analogía para hacer uso del baremo⁸⁶³. Por otra parte, ni el espíritu y finalidad⁸⁶⁴ de la norma contemplan como tal (más allá del valor orientativo ahora

⁸⁵⁸ La STS de 17 de Abril de 1997 señala que la ausencia de reglas y criterios legales obliga a reconocer un amplio margen de ponderación al Tribunal.

⁸⁵⁹ XIOL RIOS, J.A. (2006). Pág. 2.

⁸⁶⁰ STS de 21 de Abril de 1998 (rec. casación 7223/1993).

⁸⁶¹ Así lo expresa, por ejemplo, la STS de 28 de junio de 1999 (rec. Casación 3740/1995) o la STS de 30 de Octubre de 2000 (rec. Casación para la unificación de doctrina núm. 8549/1999).

⁸⁶² STS de 25 de Marzo de 2004, o STS de 2 de marzo de 2004.

⁸⁶³ XIOL RIOS, J.A. (2006). Pág. 27.

⁸⁶⁴ Art. 3.1 del Código Civil.

introducido con la nueva Ley 40/2015), la aplicación del sistema indemnizatorio de tráfico a la responsabilidad patrimonial; ni hay tampoco la “identidad de razón”⁸⁶⁵ exigible para que estas indemnizaciones se fijen por analogía, mediante unos baremos pensados para indemnizar sobre la base de una responsabilidad por riesgo⁸⁶⁶. Cuestión que resulta conveniente precisar pues, como señala XIOL RIOS, la analogía supone un mayor grado de vinculación que el amplio valor orientativo del baremo.⁸⁶⁷

Y es que el carácter orientativo del baremo permite que el Tribunal pueda acogerse a él o no⁸⁶⁸, debiendo resaltar que al conferirle tal papel orientador en ámbitos ajenos a la circulación, como es el de los daños sanitarios, se obtiene una doble ventaja; porque, si bien con ello se procura la mayor objetividad en la indemnización (al basarse en parámetros preestablecidos y objetivados), al mismo tiempo permite adaptar dichas partidas indemnizatorias objetivadas a las peculiaridades del caso, mediante el ejercicio de la libertad estimativa inherente a la función judicial.

Ahora bien, aunque no es preceptiva la aplicación del baremo para fijar el quantum indemnizatorio, cuando el juez procede a aplicar el mismo debe efectuarlo de conformidad con las previsiones que en él se contienen, por un principio de congruencia derivado de la auto vinculación⁸⁶⁹. Y es que, si el juez decide voluntariamente aplicar el baremo, queda sujeto en su totalidad; pero si no se aplica, debe justificar por qué no lo hace o bien realizar una orientación flexible para garantizar la reparación integral del daño (la reparación en materia de tráfico no es integral, sino parcial, por lo que no satisfaría tal fin), siempre en atención al Principio de Justicia rogada (es decir, respondiendo a lo solicitado por el reclamante).

3.2.3.- El uso del baremo en la responsabilidad patrimonial sanitaria

Como hemos visto, de acuerdo con la normativa en vigor, la reparación de la responsabilidad patrimonial debe efectuarse atendiendo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, en los de la legislación fiscal y demás normas aplicables y a la ponderación de valor de mercado, introduciéndose ya

⁸⁶⁵ Art. 4.1 C.C.

⁸⁶⁶ La ausencia de esa “identidad de razón” para la analogía se afirma expresamente en la STS (Sala 3ª) 3301/2012, de 16 de mayo de 2012: Ponente, Sr. Martí García. Igualmente en el orden civil, en la STS Sala 1ª 237/2011, de 13 de Abril.

⁸⁶⁷ Vid. STS. 19 julio 1997

⁸⁶⁸ V.gr. la STSJ Madrid 631/2014, de 12 de septiembre de 2014, en un supuesto de pérdida de oportunidad por falta de adopción de medios en el tratamiento “No se ha aplicado el baremo para la valoración del daño corporal el tener carácter meramente orientativo en el caso concreto que nos ocupa”.

⁸⁶⁹ STS 17 de Julio de 2007, Rec. 4367/05.

en la norma (con la nueva Ley 40/2015, de 1 de Octubre), la posibilidad de tomar como referencia para los casos de muerte o lesiones corporales la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros Obligatorios (claramente en alusión al de Tráfico) y de la Seguridad Social.

Con anterioridad a la citada Ley, la imposible aplicación de los parámetros que para tal tasación recogía la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (a la que sustituye la nueva Ley 40/2015, de Octubre), cuando estamos ante daños derivados de la asistencia sanitaria, ya había llevado a la utilización del baremo de tráfico. A este respecto, la Audiencia Nacional había señalado que la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible siempre y cuando se use con carácter orientativo y no vinculante, ya que debe modularse en atención al caso concreto.⁸⁷⁰

Ahora bien, la aplicación del baremo ha de verse condicionada por dos limitaciones: primero porque el Tribunal no puede alterar los términos en que la discusión fue planteada, debiendo determinar la indemnización que corresponda con arreglo al sistema y según las circunstancias concurrentes; y por otro lado, aun siendo posible la revisión de casos en los que no se ha aplicado dicho sistema, o se haya hecho de forma incorrecta, no podrá ser objeto de casación la ponderación y determinación de la cuantía efectuada por el tribunal de instancia para cada concepto.⁸⁷¹ Ello supone que si se decide someter la valoración al baremo, no cabe la reparación por conceptos diferentes (así, por ejemplo, utilizado el baremo para indemnizar un daño sanitario, no se podría resarcir el daño moral como indemnización complementaria⁸⁷², pues ya va incluido en las cuantías que recoge).

El baremo de tráfico es utilizado para la cuantificación de los daños en materia de responsabilidad patrimonial, tanto por el propio Tribunal Supremo⁸⁷³ y Tribunales Territoriales, como por el Consejo de Estado⁸⁷⁴ y los Órganos Consultivos Autonómicos, aludiendo a que ello redunda en la objetividad de las decisiones administrativas y en el trato igual de los distintos reclamantes⁸⁷⁵. No obstante, no son pocas las sentencias que ponen de manifiesto las vacilaciones de los Tribunales en

⁸⁷⁰ SSAN de 12 de Febrero, 30 de abril y 15 de octubre de 1997; 20 de mayo de 1998; 17 de marzo de 1999; entre muchas otras.

⁸⁷¹ Así lo expresa la STS (Sala 1ª) 696/2012, de 14 de noviembre.

⁸⁷² STS (Sala 1ª) 906/2011, de 30 de Noviembre.

⁸⁷³ SSTs de 12 de mayo de 1997; 20 de febrero y 28 de junio de 1999; 3 de octubre y 27 de diciembre de 2000; entre muchas otras.

⁸⁷⁴ Dictamen del Consejo Estado nº 692/99, de 25 de marzo.

⁸⁷⁵ Así lo expresa, por ejemplo el Dictamen 46/16, de 28 de Abril de 2016 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

cuanto a la aplicabilidad de este tipo de baremos. E incluso, del propio Tribunal Supremo que, a pesar de haber apelado en algunos casos a estos módulos valorativos, en otros entiende que es discutible su uso en la responsabilidad patrimonial⁸⁷⁶ o niega su asunción, aduciendo que *“el principio de responsabilidad directa patrimonial del Estado con motivo del funcionamiento de sus servicios está establecido en una Ley General y con la técnica de la cláusula general... por lo que no cabe... seguir otros sistemas especiales reguladores de reparaciones debidas por la Administración por otros conceptos concretos y distintos especialmente establecidos para reparaciones específicas”*.⁸⁷⁷ Son variadas por tanto las posturas que se expresan a favor y en contra de la aplicación del baremo de tráfico, resultando sin lugar a dudas un instrumento a estudiar para poder analizar y valorar cada una de las opiniones.

Lo cierto es que, aunque finalmente no se aplique para la cuantificación de la indemnización, su alusión en las sentencias es prácticamente fija, apareciendo como fundamento de derecho en la parte correspondiente a la determinación de la indemnización. De manera que se resaltan sus ventajas de objetividad e igualdad, en los casos que se aplica de forma estricta; se recuerda su carácter orientativo, cuando no se aplica tal cual, si no que sirve de referencia; o incluso cuando ni siquiera se sigue al fijar una indemnización global a tanto alzado⁸⁷⁸. En cualquier caso, para poder analizar la indemnización de los daños en responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, obligado resulta el estudio, aunque sea sucinto, del baremo de tráfico en sus dos versiones vigentes, pues no deja lugar a dudas que es una herramienta de uso generalizado en ese ámbito.

3.2.4.- El sistema indemnizatorio de tráfico vigente: breve explicación de su funcionamiento

Como ya adelantábamos, el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por RDL 8/2004, de 29 de Octubre ha sido modificado por la Ley 35/2015, de 22 de Septiembre, de Reforma del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que entró en vigor el 1 de Enero de 2016. Con esta nueva

⁸⁷⁶ STS de 4 de Noviembre de 2005.

⁸⁷⁷ SSTs 3 de Diciembre de 1979 ó 18 de Febrero de 1980.

⁸⁷⁸ Como hace la STSJ Madrid 107/2015, de 11 de Febrero de 2015, en la que al ir a indemnizar la duda acerca de si un diagnóstico más temprano de la dolencia del recurrente hubiera favorecido un mejor pronóstico y evitado las consecuencias sufridas; tras aludir a que el Tribunal ha utilizado como norma orientativa y no vinculante el baremo de tráfico, *“consiguientemente”* determina el importe global de la indemnización en la cantidad de 40.000€, aunque no explica de dónde sale la cifra, ignorando por tanto a que se refiere con la expresión *“consiguientemente”*.

Ley se pretende la adaptación del sistema indemnizatorio de tráfico al marco europeo y al evolucionado estado de la ciencia, tal y como se recoge en la exposición de motivos.

El sistema tiene por objeto valorar todos los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal ocasionado por hechos de la circulación regulados en la Ley, con el objetivo de lograr la plena indemnidad y su reparación vertebrada⁸⁷⁹. Precisamente, el principio de indemnidad contempla que dentro de las consecuencias del daño corporal, hayan de repararse los daños morales o extra patrimoniales a través de “cuantías socialmente suficientes” (art. 33 de la Ley 35/2015), por lo tanto y referido al ámbito sanitario, lo que no contempla el baremo son los daños morales autónomos no asociados a tales daños corporales.

Tanto el anterior baremo como el actual contemplan como daños el fallecimiento, las secuelas (lesiones permanentes) y las lesiones temporales; si bien son distintas las formas en que se valoran sus indemnizaciones en cada uno de los sistemas. Su aplicación conlleva una doble labor: médica en cuanto a la determinación de los elementos objetivos de valoración y jurídica, a la hora de llevar esa valoración a las tablas.

a) “El antiguo baremo” (RDL 8/2004, de 29 de Octubre): recoge por un lado los daños personales (la muerte, los daños corporales y el daño moral -en supuestos concretos y limitados-), y, por otro lado, los daños de contenido económico que sean consecuencia de los primeros (desde el lucro cesante hasta los gastos asociados a la necesidad de adecuar la vivienda o de ayuda de otra persona). Se desarrolla en seis tablas que se clasifican en función del daño sufrido por la víctima, y que parten de las indemnizaciones básicas por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal; incrementándose o reduciéndose, en aplicación de determinados factores de corrección, o en función del grado de contribución culposa de la víctima en la producción del accidente. A estas partidas podrán sumarse los gastos de asistencia médica y hospitalaria y además los gastos de entierro y funeral (en el caso de fallecimiento), detallándose en el Anexo la forma en que ha de realizarse el cálculo total de la indemnización.

⁸⁷⁹ El principio de vertebración supone que hayan de valorarse por separado los daños patrimoniales y no patrimoniales y dentro de cada uno de ellos los respectivos conceptos.

En síntesis el sistema de valoración contemplado en el Anexo, comprende indemnizaciones por fallecimiento, lesiones permanentes y lesiones temporales, mediante distintas tablas:

❖ **FALLECIMIENTO:** Tabla I:

- Cuantificación de daños morales y daños patrimoniales básicos
- Determinación legal de los perjudicados, por grupos

Tabla II: Criterios para fijar los restantes daños (porcentajes correctores de aumento o disminución sobre la Tabla I, gastos sanitarios y de entierro y funeral)

❖ **LESIONES PERMANENTES:** Tablas III, IV y VI

Tabla VI: Se establecen las cuantías según la lesión (física o funcional).

Tabla III: A tal puntuación se aplica el valor del punto en euros (inversamente proporcional a la edad del perjudicado) e incrementando el valor del punto según aumenta la puntuación.

Tabla IV: Factores de corrección en aumento o reducción (porcentajes).

Se establece un sistema de incapacidades concurrentes, otorgando una puntuación conjunta cuando el perjudicado tenga varias lesiones (no puede superar los 100 puntos).

❖ **INCAPACIDADES TEMPORALES:**

Tabla V: Se determina un importe diario variable (teniendo en cuenta si precisa estancia hospitalaria o no) multiplicado por los días que tarda en sanar la lesión.

b) El nuevo Baremo (Ley 35/2015, de 22 de Septiembre, de Reforma del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación)

Igualmente contempla indemnizaciones por daños personales y patrimoniales derivados de fallecimiento, secuelas o lesiones permanentes y lesiones temporales. Se mejora la percepción de las indemnizaciones mediante su individualización, teniendo en cuenta las nuevas estructuras familiares, y se incrementan las cuantías con respecto al anterior sistema de la siguiente manera:

- Indemnizaciones por muerte: un 50% de media
- Indemnizaciones por secuelas: un 35% de media

- Indemnizaciones por lesiones: un 12,8% de media

En cuanto a las secuelas, se refuerza especialmente la reparación del gran lesionado que queda con discapacidades que requieran de apoyos intensos para su autonomía personal, indemnizando los perjuicios y los daños emergentes relacionados con las diferentes partidas de gastos asistenciales futuros⁸⁸⁰; y se revisa además el baremo médico de secuelas para adaptarlo al estado actual de la ciencia.

En el supuesto de lesiones temporales se distingue entre: gastos de asistencia sanitaria y otros gastos diversos resarcibles (todos aquellos necesarios y razonables que genere la lesión en el desarrollo ordinario de la vida diaria: tales como desplazamientos de familiares para atenderle cuando su condición médica o situación personal lo requiera, incremento de coste de movilidad del lesionado y, en general, los gastos necesarios para que queden atendidos el lesionado o los familiares menores o especialmente vulnerables de los que se ocupaba, etc).⁸⁸¹

La correcta aplicación del sistema requiere la justificación de los criterios empleados para cuantificar las indemnizaciones asignadas según sus reglas, con tratamiento separado e individualizado de los distintos conceptos y partidas resarcitorias para los daños tanto extra patrimoniales como patrimoniales.⁸⁸² La objetivación del daño supone que no puedan fijarse indemnizaciones por conceptos o importes distintos de los previstos en él; no obstante, se establece que los perjuicios relevantes ocasionados por circunstancias singulares y no contemplados en el baremo se indemnizarán como perjuicios excepcionales.

El sistema viene configurado en las tablas 1, 2 y 3 contenidas en el Anexo de la Ley, incluyendo en cada una de las tablas de modo separado la reparación de los **perjuicios personales básicos** (1.A, 2.A y 3.A), de los **perjuicios personales particulares** comprensivos de distintos perjuicios morales complementarios (1.B, 2.B, y 3.B) y de los **perjuicios patrimoniales** (1.C, 2.C y 3.C). En síntesis es el siguiente:

⁸⁸⁰ A este respecto, el nuevo sistema establece que son resarcibles los gastos previsibles de asistencia sanitaria futura, así como las prótesis y órtesis, que ahora también incluyen los gastos correspondientes a las reposiciones necesarias; los de rehabilitación domiciliaria y ambulatoria; los relacionados con la pérdida de autonomía personal, tales como los necesarios para ayudas técnicas o productos de apoyo, para la adecuación de vivienda o para resarcir el llamado “perjuicio patrimonial por incremento de costes de movilidad”, que incluye el actual gasto de adecuación del vehículo, pero que va más allá. También los gastos de ayuda de tercera persona, que se miden en función del número de horas de asistencia necesaria y que son objeto de una detallada regulación.

⁸⁸¹ Así se explica en el apartado III del Preámbulo de la Ley 35/2015, de 2 de Septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños

⁸⁸² Así lo dispone el art. 35 de la precitada Ley 35/2015, de 2 de Septiembre.

❖ **INDEMNIZACIONES POR CAUSA DE MUERTE:** Tabla 1 Anexo:

1.A.-Cuantía del perjuicio personal básico: Según 5 categorías de perjudicados, teniendo en cuenta la edad (cónyuge viudo, ascendientes, descendientes, hermanos y allegados)

1.B.-Cuantías de los perjuicios personales particulares y excepcionales: Aplicación de criterios específicos que incrementan la indemnización básica (son acumulables y no excluyentes entre sí). Tales conceptos resarcen diversos daños morales, que desarrollamos más adelante.

1.C.-Cuantías de los perjuicios patrimoniales distinguiendo lucro cesante y daño emergente:

- Perjuicio patrimonial básico (gastos razonables que cause el fallecimiento: desplazamiento, manutención, alojamiento y otros)
- Gastos específicos
- Lucro cesante: pérdidas netas que sufren los perjudicados por el fallecimiento.

❖ **INDEMNIZACIONES POR SECUELAS:** Tabla 2 Anexo.

2.A.- Perjuicio Personal Básico: Según Baremo Médico del Anexo, expresado en puntos con un máximo de 100. El perjuicio estético se expresará igualmente en puntos (según los grados) con un máximo de 50.

2.B.- Perjuicios Personales Particulares y Excepcionales: que contemplan daños morales complementarios que estudiamos más adelante.

2.C.- Perjuicios Patrimoniales: Daño emergente y Lucro cesante

- Gastos previsibles de asistencia sanitaria futura
- Prótesis y órtesis
- Rehabilitación domiciliaria y ambulatoria
- Ayudas técnicas o productos de apoyo para la autonomía personal
- Adecuación de vivienda
- Perjuicio patrimonial por el incremento de costes de movilidad
- Ayuda de Tercera Persona
- Lucro Cesante

❖ **INDEMNIZACIONES POR LESIONES TEMPORALES:** Tabla 3 Anexo

3.A.- Perjuicio Personal Básico: Se establece según la cantidad diaria por días de curación

3.B.- Perjuicios Personales Particulares:

3.C.- Perjuicios Patrimoniales:

- Gastos de asistencia sanitaria
- Gastos diversos resarcibles
- Lucro cesante

3.3.- LA VALORACIÓN A TANTO ALZADO Y EL ARBITRIO JUDICIAL

De todo lo dicho hasta ahora, podemos comprobar que en el ámbito sanitario nos encontramos con la peculiaridad de que cuando el juzgador valora el daño, y en especial el moral, no se enfrenta ante la subsunción de unos hechos clínicos en una concreta norma objetiva; sino en una norma subjetiva y propia, creada por él mismo para el caso.⁸⁸³ Y es que, como hemos visto, en la responsabilidad sanitaria, el juez actúa no como un aplicador del Derecho, sino como un elaborador de normas propias para casos concretos.⁸⁸⁴ Nos hallamos pues ante el ejercicio libre del derecho, sustraído al principio de legalidad, con todas las sorpresas que ello puede deparar.⁸⁸⁵

En este sentido, la jurisprudencia ha venido afirmando que la valoración de los daños no está sujeta a norma positiva alguna. Y, sin embargo, aunque esta circunstancia puede parecer ideal, por el amplio margen que ello deja al arbitrio judicial, en la práctica se presenta en no pocas ocasiones como un problema, tanto para los jueces, como para los demás intervinientes en el “juego” de la responsabilidad patrimonial.⁸⁸⁶ Queda por tanto al arbitrio del juzgador no sólo la forma de efectuar el cálculo de la indemnización, sino también la cifra final en la que queda determinada. Y si bien lo habitual es que las indemnizaciones por daño sanitario se cuantifiquen con la aplicación estricta del baremo de tráfico, encontramos supuestos en los que no se utiliza, bien porque se considere insuficiente la cantidad resultante o bien porque el concepto a indemnizar no se halla comprendido en él. Así, podemos encontrar casos en los que partiendo desde una fórmula calculadora (por ejemplo, desde el baremo, o de la aplicación parcial o “retocada” del mismo) se llega a la suma indemnizatoria, y otros en los que a partir de una cifra que el tribunal fija “a ojo” se intenta justificar por qué se ha llegado a la misma, lo que a veces queda más en un intento que en una motivación real.⁸⁸⁷

⁸⁸³ Acorde con ello, las SSTs (Sala 2ª) de 8 de mayo de 1987, 29 de abril de 1988, 18 de abril de 1989 y 22 de diciembre de 1990, declararon que la valoración del daño corporal no se halla sujeta a previsión normativa alguna, de modo que el órgano jurisdiccional ha de efectuarla discrecionalmente con una ponderación prudencial de las circunstancias de cada caso, “*sin someterse a ningún tipo de parámetro o baremo*”.

⁸⁸⁴ MEDINA CRESPO, M. (2003). Pág. 4 (Nota al pie 4).

⁸⁸⁵ Ya la STS de 11 de junio de 1923 declaró que lo relativo a la indemnización por daños y perjuicios y la determinación de su cuantía son de la exclusiva apreciación del Tribunal sentenciador, por lo que “*el ejercicio de semejante facultad discrecional... no puede impugnarse en casación, ya que su cuantía no está sujeta a reglas*”.

⁸⁸⁶ Tal es el sentido de la STS (Sala 1ª) de 26 de marzo de 1997, cuando declaró que “*la función de calcular los daños indemnizables es atribuida expresamente por la doctrina jurisprudencial a los órganos judiciales, quienes la llevarán a cabo caso por caso, valorando las probanzas unidas a las actuaciones, sin que puedan hallarse sujetos a previsión normativa alguna que, por su carácter general, no permite la individualización del caso concreto*”.

⁸⁸⁷ “*La función de cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales, que tienen no sólo la facultad de valorar las pruebas, sino la obligación de hacerlo, sin que puedan*

Con respecto a los daños morales que aquí nos ocupan, ante la expresada falta de previsión normativa y la difícil unificación de criterios jurisprudenciales sobre la cuantificación⁸⁸⁸, siendo pacífica la doctrina jurisprudencial de que el resarcimiento del daño moral “carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo, dadas las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria”⁸⁸⁹, se han planteado entre otras las siguientes soluciones para afrontar su indemnización:

a) Establecimiento de topes indemnizatorios. Remedio que, aunque serviría para homogeneizar las cuantías, produciría el efecto de reducir las indemnizaciones en los casos de daños graves, incrementándolas en los daños más moderados. No obstante esta propuesta podría ocasionar un efecto negativo en los jueces, al limitar su libertad de decisión.

b) Establecimiento de un sistema de tarificación matemática mediante parámetros objetivos: Como principal problema conlleva la imposibilidad de establecer criterios uniformes, ya que la dimensión del daño va a depender de la persona que lo padece. Este es el caso de Alemania, donde los daños inmateriales derivados de accidentes de vehículos se calculan de acuerdo con las “tablas de dolor”, establecidas

abdicar de esta facultad-carga, de modo que el criterio orientativo solo cabe cuando coincida con la valoración probatoria, pero no cuando las probanzas practicadas en juicio arrojen un resultado sensiblemente diferente de los términos que se recogen en el baremo, pues de lo que se trata, según el art. 1902 del Código Civil es de “reparar el daño causado”, lo que no puede fijarse a apriorísticamente, sino en cada caso concreto” RUIZ BADILLO, E. (1996). Criterio que se recoge también en la STS (Sala 1ª) del TS de 26 de Marzo de 1995.

⁸⁸⁸ SANTAMARÍA PASTOR decía en 1989 que, en relación con la determinación del importe de las indemnizaciones, era prácticamente imposible encontrar reglas generales en la jurisprudencia de todos los órdenes, siendo casi imposible extraer criterios orientadores por el enorme casuismo existente y lo diferente de sus pronunciamientos. SANTAMARIA PASTOR (1989). Pág. 706. Con posterioridad, la Sala Contencioso-Administrativa del TS empezó a intentar fijar criterios atinentes para la reparación del daño y, en particular, del daño corporal, con extensión a los daños derivados de ataques a los bienes extracorpóreos de la personalidad (particularmente, la libertad), dando lugar a una nueva jurisprudencia, cuyo papel ha sido calificado por MEDINA CRESPO como “labor semiejemplar de la jurisdicción contencioso-administrativa”. MEDINA CRESPO, M. (1999). Págs. 225-236.

⁸⁸⁹ En este sentido, podemos citar entre otras, STS 12 de Octubre de 2012 Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. Sección: 4 N° de Recurso: 527/2010. Procedimiento: “SEXTO.- Para resolver el tercer motivo hemos de partir del criterio reiterado de esta Sala sobre que el principio de reparación integral en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración comprende todos los daños alegados y probados sufridos por el perjudicado, tanto los de índole material económicamente valorable como los de índole inmaterial o moral. Y resulta patente que el daño material y efectivo ha de justificarlo quien reclama (STS 29 de mayo de 2007, rec. casación 8158/2003, Sección Sexta). Siguiendo con la doctrina de esta Sala hemos de citar la Sentencia de esta Sala y Sección de 23 de marzo de 2011, recurso de casación 2302/09, (con cita de otras anteriores) sobre que el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de pretium doloris, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo por lo que deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso. No hay baremo alguno al respecto”.

desde la recopilación de indemnizaciones otorgadas previamente por los jueces en casos similares; y aunque no están reglamentadas por ley, se publican y sirven de guías a las compañías en la negociación amistosa y a los jueces en caso de juicio.

3.4.- EL PRECEDENTE: ¿UNA SOLUCIÓN EFICAZ?

Por algunos estudiosos de la materia, otra solución que se plantea para afrontar la difícil tarea de la valoración del daño moral, y a fin de ganar en seguridad jurídica, es el empleo del precedente, como fuente jurídica de establecimiento de criterios objetivos para indemnizar. Sin embargo, lo cierto es que hoy por hoy, si bien se emplea la “analogía” tanto por los Tribunales como los particulares (aludiendo indemnizaciones declaradas en casos similares), resulta imposible que el precedente en estos casos tenga fuerza vinculante, mientras no se unifique la doctrina.

Distinguiendo entre precedente de solución y precedente de interpretación referido a la norma jurídica inferida en el proceso de interpretación (lo que se lograría en nuestro ordenamiento con la unificación de criterios en casación), parece exigible no sólo una vinculación vertical (de órganos inferiores con respecto a los superiores), sino también una vinculación horizontal o una auto vinculación (la adopción de igual postura ante supuestos sustancialmente iguales). Lo cierto es que en éste, más que en ningún otro tema, la vinculación del precedente se constituye en condición necesaria para que la formulación de los aludidos grupos de casos presente alguna utilidad. A los defensores de una mal entendida “independencia judicial”, sólo resta decir que en nuestro sistema jurídico la vinculación al precedente deviene exigencia del derecho a un justo y racional procedimiento, y de la igualdad ante la Ley que a todos se nos supone, sin diferencias arbitrarias. Y si bien, tal vinculación conllevaría una rigidez o inmovilidad en el sistema jurídico, que puede verse como un peligro para la independencia judicial, es evidente que supondría una mayor garantía de seguridad jurídica, certidumbre e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, predecibilidad, e imparcialidad judicial.

El uso de precedentes ha sido defendida precisamente por el Tribunal Supremo en alguna de sus sentencias, como la STS de 4 de Mayo de 1999 (XIOL RIOS): *“Alega la Administración demandada que la fijación de los perjuicios padecidos debe ser demostrada. Sin embargo, mediante la indemnización reconocida se resarce fundamentalmente el daño moral, no susceptible de una determinación cuantitativa si no es mediante la referencia a precedentes judiciales y a criterios legales de tasación, como ocurre en el ámbito de los daños corporales sufridos con ocasión de la*

circulación de vehículos a motor, así como el perjuicio económico por lucro cesante, difícil de evaluar si no es acudiendo a criterios de valoración en función de las expectativas que puedan deducirse de las circunstancias concurrentes. Ello determina que el importe de la indemnización que reconocemos venga fijado teniendo en cuenta las circunstancias y que dicha cantidad sea similar a la que esta misma Sala ha venido reconociendo en casos análogos y no se aleje de la que pudiera resultar aplicable, en su ámbito, como consecuencia de los criterios legales de tasación a los que acaba de hacerse referencia”.

4.- LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES

4.1.- REGULACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES EN EL BAREMO

En el sistema indemnizatorio de tráfico, los daños morales se hallan comprendidos en las partidas indemnizatorias que recogen las tablas para los daños corporales; de manera que su indemnización sólo es posible en los supuestos que expresamente contempla la ley. El sistema contiene una específica cuantificación de perjuicios estrictamente morales en su Tabla IV, y en concreto: los producidos a los familiares del Gran Inválido por la alteración de la vida y convivencia (debido a la atención continuada que han de prestarle), al igual que se contemplan específicos daños morales complementarios para el perjudicado por grandes secuelas en la misma tabla (como factor de corrección de la indemnización básica, que se traduce en la elevación de la cuantía hasta el límite máximo fijado por la norma). En cualquier caso, hemos de recordar que se trata siempre de daños morales inherentes a lesiones físicas que son objeto del baremo (fallecimiento, lesiones temporales y secuelas), por lo que, difícilmente es aplicable a los daños morales autónomos no ligados a una lesión física, que pueden surgir a raíz de una actuación sanitaria, y que hemos revisado en el anterior capítulo referido a las manifestaciones del daño moral (falta de información, ausencia de consentimiento informado, pérdida de oportunidad...).

Vigentes los dos baremos, hemos de referirnos a ambos a la hora de hacer un repaso de las partidas que se recogen en concepto de daño moral (y que frecuentemente se aplican también para establecer indemnizaciones en materia de responsabilidad patrimonial):

a) Antiguo Baremo (RDL 8/2004):

Se recogen los siguientes conceptos:

1º) El daño moral ocasionado por el fallecimiento de un allegado: que aparece graduado en la tabla I del Anexo de la Ley con el título: *“Indemnizaciones por muerte incluidos daños morales”* (comprendiendo tanto la indemnización de estos daños morales como los de otro tipo). Cabe objetar al respecto que al computarse dichos conceptos conjuntamente, a través de esta partida se otorga indemnización a personas que pueden no sufrir daño moral por el fallecimiento de la víctima, pero sí perjuicios económicos (es el caso de los ex cónyuges separados o divorciados que reciben pensión compensatoria). Y si bien, como ya hemos referido en el capítulo sobre legitimación, la indemnización por este concepto se concede a las personas designadas en la enumeración cerrada de la Tabla I, la jurisprudencia permite su extensión a otros que, aunque no estén designados en la tabla, sufran un daño moral a consecuencia de la muerte que da origen a la responsabilidad.⁸⁹⁰

El daño moral se determina en función de la esperanza de vida del fallecido (la cantidad de vida que ha perdido la víctima a consecuencia del hecho dañoso), para lo cual, se tienen en consideración su edad y su estado de salud previo. Igualmente se pondera el grado de parentesco, así como la edad del familiar perjudicado, como factores que sirven para presumir la intensidad de la relación y los lazos efectivos.⁸⁹¹ En función de ello, se fijan las concretas indemnizaciones.

2º) El daño moral inherente al daño corporal o psicofísico (*“pecunia o pretium doloris”*), constituido por el dolor, sufrimiento o padecimiento que se sufre a raíz de una lesión física, la incapacidad y las limitaciones para el futuro, se gradúa igualmente en el anexo, y su aplicación es extensiva a otros ámbitos, tal y como se pone de manifiesto en la STS de 3 de Diciembre de 2008:

“Las indemnizaciones civiles que se están reclamando en el presente pleito, tienen otra finalidad, puesto que vienen a compensar por las consecuencias que el accidente ha provocado en la vida del trabajador. La totalidad de los perjuicios no están cubiertos por la prestación de seguridad social: no se resarce el sufrimiento derivado de las dolencias; la angustia derivada del seguimiento de un tratamiento médico, quirúrgico, farmacológico o de otro tipo; el daño moral provocado por la constatación de que ya no se podrá hacer una vida personal, familiar y social normal; la imposibilidad de acceder a otro empleo, distinto o mejor remunerado, etc”. Por ello, la jurisprudencia viene

⁸⁹⁰ Entre otras, STS de 26 de Marzo de 2012.

⁸⁹¹ DOMENECH PASCUAL, G. (2014). Pág. 583.

*admitiendo la posibilidad de indemnizar sufrimiento, en concepto de “pecunia doloris”, lo que será aplicable también, obviamente, por todo lo antedicho, a la valoración de las secuelas definitivas, y ello será posible a pesar de concurrir con una prestación vitalicia de la seguridad social. La jurisprudencia admite, sin ningún género de duda, que la indemnización por tales perjuicios pueda hacerse conforme al baremo establecido para resarcir las consecuencias de un accidente de circulación...”*⁸⁹²

Para esta partida, se tiene en cuenta la edad de la víctima, otorgando mayor compensación a mayor juventud (porque cuanto más joven es, más tiempo sufrirá y porque la intensidad suele aumentar con la edad).⁸⁹³

Este sistema contiene un régimen igualitario y único para la cuantificación del daño moral (y así lo dispone el apartado 1º7 del Anexo): *“La cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas”*..., produciéndose una tendencia marcada a la objetivación de algunos perjuicios como el estético (reglas de utilización 7, 8, 9).

3º) Perjuicios Morales como Factor de corrección

Junto a los conceptos señalados, como decíamos, las tablas recogen como factor de corrección de incremento de la indemnización básica por secuelas varias partidas compensatorias de daños morales, en supuestos muy ceñidos en la propia Ley, como son:

- *Factor de corrección de daños morales complementarios*: Sólo resulta aplicable en casos muy graves, cuando una sola secuela exceda de 75 puntos (sería por ejemplo el caso de un estado vegetativo persistente, hemiplejia, tetraplejia, amputación de ambos miembros inferiores a nivel de las rodillas, etc.); o si hay secuelas concurrentes⁸⁹⁴, cuando éstas superen los 90 puntos una vez aplicada la fórmula de incapacidades concurrentes -fórmula de Baltazhar-. Este factor no será aplicable si no se dan tales puntuaciones.⁸⁹⁵ La indemnización consiste en una cantidad fija o a tanto alzado dentro de la horquilla que establece el baremo, a

⁸⁹² Doctrina ratificada por otras posteriores, como la STS 31 de Mayo de 2011.

⁸⁹³ DOMENECH PASCUAL, G. (2014). Pág. 585.

⁸⁹⁴ Se trata de secuelas anatómo-funcionales que producen graves deterioros o menoscabos físicos, psíquicos o psicofísicos.

⁸⁹⁵ Vid. STS (Sala 1ª) de 25 de Septiembre de 2013.

graduar en proporción a las actividades básicas de la vida diaria que el perjudicado pueda o no realizar (lo que obliga a valorar su capacidad residual).

Curiosamente, en algún caso, se ha aplicado este factor para indemnizar la falta de consentimiento informado cuando se presenta como un daño moral, grave, distinto y ajeno al daño físico. Y ello, por entender que se trata de un concepto con el que se halla una mayor analogía, dado que parece encaminado a valorar con independencia, cuando la secuela padecida es de especial intensidad, un daño moral añadido al correspondiente a la situación concreta de lesión permanente o invalidez y a las circunstancias personales, familiares y sociales que le rodean.⁸⁹⁶

Sin embargo, a nuestro modo de ver, no se trata de conceptos equiparables, pues esta partida se prevé para compensar el daño moral del perjudicado por el sufrimiento o impacto ante la gravedad de su estado residual de salud, y cuando se trata de un daño moral por falta de consentimiento, lo que realmente habría de resarcirse o compensarse es el perjuicio ocasionado por no haber podido decidir en conciencia. A nuestro juicio, con ello se intenta aplicar una indemnización ya fijada para evitar así la compleja tarea de valorar un daño tan etéreo como es la falta de información para auto determinarse; pero lo cierto es que tal solución supone una indebida aplicación del baremo, forzando sus conceptos y la finalidad de las partidas indemnizatorias que contiene.

- *Factor de corrección por perjuicios morales a familiares:* Se contempla, exclusivamente, cuando el perjudicado es un gran inválido (personas afectadas con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras para realizar las actividades esenciales de la vida diaria como vestirse, comer o análogas), para compensar el daño moral propio de los familiares más allegados que conviven con él, por el mayor sacrificio y disminución de su calidad de vida que les supone la situación.

2. Nuevo Baremo (Ley 35/2015, de 22 de Septiembre):

Como en el anterior, en el nuevo baremo las partidas correspondientes al “perjuicio personal básico” derivado de los daños corporales (fallecimiento, lesiones y secuelas) comprenden ya los daños morales que les son inherentes. Junto a estos, se recogen como “perjuicio personal particular”, diversas partidas que contemplan daños morales complementarios:

⁸⁹⁶ Así, por ejemplo, la STS de 4 de Abril de 2000.

1º) Para el fallecimiento:

- a) *Perjuicio particular por discapacidad física, intelectual o sensorial del perjudicado (grado de discapacidad de 33%):* compensa la alteración perceptible que el fallecimiento de la víctima provoca en la vida del perjudicado. Supone un incremento de la indemnización básica de un 25 a 75% según grado de discapacidad, intensidad de la alteración y la edad del perjudicado.
- b) *Perjuicio particular por convivencia del perjudicado con la víctima* (en el caso del cónyuge y víctimas menores de 30 años, ya se incluye en el perjuicio personal básico). Supone un incremento del 50% el caso de abuelo o nieto, y en los demás casos la diferencia entre la indemnización por perjuicio personal básico prevista para un menor de 30 años y la que le corresponde a él por el mismo concepto.
- c) *Perjuicio particular del perjudicado único en su categoría* (excepto para el cónyuge). Supone un incremento del 25%
- d) *Perjuicio particular del perjudicado familiar único:* Supone un incremento del 25%.
- e) *Perjuicio particular por fallecimiento del progenitor único:* 50% (menores de 20 años) y 25% (mayores de 20 años).
- f) *Perjuicio particular por fallecimiento de ambos progenitores en el mismo accidente:* 75% (menores de 20 años) y 35% (mayores de 20 años).
- g) *Perjuicio particular por fallecimiento del hijo único:* Incremento del 25%
- h) *Perjuicio particular por fallecimiento de víctima embarazada con pérdida de feto:* Cantidad fija a percibir por el cónyuge (es superior si supera las 12 semanas).
- i) *Perjuicio excepcional:* Con criterios de proporcionalidad hasta un 25%.

2º) Para las secuelas

- a) *Daños morales complementarios por perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial:* Cuando una sola secuela alcanza al menos 60 puntos o el resultado de las concurrentes supera los 80 puntos (tras aplicar fórmula del art. 98). Se tienen en cuenta la extensión e intensidad del perjuicio y la edad del lesionado, las secuelas no valoradas por superar los 100 puntos y los dolores extraordinarios, pero no la afectación en sus actividades. Se cuantifica en una horquilla de mínimo y máximo.
- b) *Daños morales complementarios por perjuicio estético:* Cuando alcance al menos 36 puntos. Se tienen en cuenta la extensión e intensidad del perjuicio y la edad del lesionado, pero no la afectación en sus actividades. Se cuantifica en una horquilla de mínimo y máximo.

- c) *Perjuicio Moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas:*
Tiene por objeto compensar el perjuicio moral particular que sufre la víctima por las secuelas que impiden o limitan su autonomía personal para realizar las actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria o su desarrollo personal mediante actividades específicas. Puede ser muy grave, grave, moderado o leve.
- d) *Perjuicio moral por pérdida de calidad de vida de familiares de grandes lesionados.*
- e) *Pérdida de Feto a consecuencia del accidente:* Viene a recoger un daño moral diferente a la “pérdida de un hijo”, teniendo en cuenta que en la situación de embarazo no es posible conocer a ciencia cierta si hubiera dado lugar o no al nacimiento teniendo en cuenta los riesgos generales de cualquier embarazo.⁸⁹⁷
- f) *Perjuicio excepcional (que contempla la posibilidad de tener en cuenta circunstancias particularmente lesivas que concurren en el caso concreto).*

3º) Para las lesiones

- a) Perjuicio personal por pérdida temporal de calidad de vida, según grados.
- b) Perjuicio personal particular causado por intervenciones quirúrgicas.

Como ejemplo de aplicación del baremo para la valoración del daño moral en materia sanitaria, cabe citar la STSJ Madrid 55/2015, de 4 de Febrero de 2015, relativa a las graves secuelas producidas tras una intervención quirúrgica (tetraparesia grave y deterioro de funciones cerebrales). Se indemniza conforme a baremo el daño corporal (secuelas y días) por importe de 276.324,79€, aplicando además como factores de corrección (según el antiguo baremo): por daños morales complementarios al superar las secuelas concurrentes los 90 puntos 65.000€, por gran invalidez 200.000€ (ayuda de 3º persona) y por perjuicios morales a familiares 70.000€, destinados al esposo por la alteración de la vida familiar derivada de los cuidados y atención continuada a su esposa enferma.

4.2.- OBJECIONES A LA APLICACIÓN DEL BAREMO DE TRÁFICO PARA LA VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES

⁸⁹⁷ Diferenciación anteriormente realizada por los Tribunales, por ejemplo, en la STSJ Madrid 896/2013, de 17 de Diciembre de 2013.

Hemos reiterado el carácter orientativo y no vinculante del baremo de tráfico con respecto a los daños sanitarios, que determina la no obligatoriedad de su aplicación⁸⁹⁸. Igualmente, hemos resaltado como sus criterios de baremación han permitido acometer con objetividad la difícil tarea de valoración del daño (fundamentalmente cuando se trata de cuantificar el sufrimiento o dolor de una persona por el fallecimiento de un ser querido); siendo reconocido por el Tribunal Supremo como *“criterio hermenéutico que se funda en la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad”*.⁸⁹⁹

Sin embargo, lo cierto es que la aplicación del baremo a ámbitos ajenos a los accidentes de tráfico presenta grandes reparos. En primer lugar, porque se fuerza su uso, manejándolo incorrectamente de forma automática, sin conocer y comprender el sistema, lo que no permite apreciar si la indemnización habría de ser distinta de la que resulta de las tablas, en virtud de las circunstancias del caso, recayendo incluso resoluciones absurdas. Y es que los Tribunales parecen haber renunciado a interpretar

⁸⁹⁸ En este sentido, la STS 14 de Diciembre de 2014 en Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina 2499/2013 señala que la aplicación del baremo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, baste decir que tiene un carácter meramente orientador, no vinculante. En este sentido, entre otras muchas, la Sentencia de 9 de Junio de 2009 dijo que *“la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible, pero siempre y cuando se utilice con carácter orientativo y no vinculante, ya que debe precisarse y modularse al caso concreto en el que surge la responsabilidad patrimonial, sin perjuicio claro está, de la incidencia que debe tener la existencia de precedentes jurisprudenciales aplicables al caso que nos ocupe” (...)* para la realización de tal cuantificación puede acudir al baremo establecido para el Seguro Obligatorio del Automóvil, pero ello con carácter orientativo...”

⁸⁹⁹ En este punto resulta significativa la STS (Sala 1ª) de 10 de Febrero de 2006 cuando dispone: *“se viene manteniendo que la reparación del daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes (entre otras, SSTs 31 de mayo de 1983, 25 junio de 1984, 28 de marzo de 2005 y 28 de abril de 2005). Entre otras razones, la conveniencia de evitar posibles disparidades entre las resoluciones judiciales que fijan el pretium doloris [precio del dolor] o indemnización por el daño moral ha aconsejado al legislador, partiendo del establecimiento de un régimen de aseguramiento del daño en determinados sectores, el establecimiento de sistemas de valoración fundados en la tasación con arreglo a tablas o baremos indemnizatorios, cuya interpretación tiene lugar según reglas fijadas por el propio legislador y no queda, desde luego, sustraída a las normas generales sobre interpretación de las Leyes, entre ellas las que regulan la analogía. En virtud de este principio (que informa los precedentes de esta Sala sobre inadmisión de recursos de casación fundados en la no aplicación analógica del sistema de tasación legal de daños corporales derivados de accidentes de circulación: vgr., STS de 5 mayo 1998, recurso de casación núm. 2418/1997), la jurisprudencia más reciente (rectificando criterios iniciales) ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en valoración, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, pueden resultar orientativos para la fijación del pretium doloris teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso (STS 837/2005, de 11 de noviembre, recurso de casación núm. 1575/99). Este criterio hermenéutico se funda en la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad...”*

de forma cabal el sistema legal valorativo, inclinándose casi siempre de forma acrítica a realizar lecturas literalistas que se adoptan, aunque sus resultados sean absurdos.⁹⁰⁰

Y en segundo lugar, porque el baremo no contempla todas las manifestaciones del daño moral, sino sólo algunos perjuicios que van aparejados a los daños corporales, lo que ha propiciado que se fuerce su uso para tratar de encajarlos a toda costa en sus tablas, contribuyendo a su deformación. Pero es que, además, lo cierto es que tampoco parece que los daños morales puedan ser tabulados; pues aunque con ello se pudiera pretender una mayor seguridad jurídica, evitando la “suerte judicial”, igualmente podría generar resultados desiguales y de injusticia social, ya que cuantificar un daño moral supone una tarea demasiado subjetiva y variable en función de cada caso como para tipificarlo en una tabla.⁹⁰¹

Defendiendo la necesidad de que para los perjuicios morales la valoración se realice haciendo uso del arbitrio judicial (mediante la ponderación de las circunstancias concurrentes)⁹⁰², son varias las objeciones que se presentan a la aplicación del baremo para la cuantificación del daño moral:

1º) En primer lugar, por la necesidad de limitar racionalmente la noción de daño moral y su alcance en el contexto de la responsabilidad, considerando que el daño moral no debe entenderse más allá del dolor interno o sufrimiento no físico que un hecho produce y que su indemnización ha de establecerse con una congrua moderación, que no puede dejar de considerar las circunstancias reales que cada caso presente, que habrían de conocerse, pese a que lo más cómodo sea obviarlas.

⁹⁰⁰ Como afirma MEDINA CRESPO: “*hay una cierta tendencia a convertir esa mención en mera cláusula de estilo, con trivialización de su uso, banalización del tema y vanificación de la referencia, comprobándose que, unas veces, no se maneja simplemente y que, en otras ocasiones, se maneja defectuosamente*”. MEDINA CRESPO, M. (2003). Pág. 8 (nota al pie 9) y pág. 9 (nota al pie 13).

⁹⁰¹ En 1989, PANTALEÓN PRIETO denunciaba que, al fijarse judicialmente las indemnizaciones por causa de muerte, no se separaban las cuantías correspondientes a los daños morales y a los daños patrimoniales, sin que se concretaran tampoco los criterios utilizados para cuantificar cada uno; y, a tal efecto, se cuestionaba si, partiendo de los ingresos anuales de la víctima, se tendría que descontar la cantidad que ella hubiera gastado para sí y si tendría que computarse el importe que hubiera ahorrado; e igualmente se preguntaba por el momento en que habría de entenderse que un padre habría dejado de mantener económicamente a sus hijos. Formuladas tales preguntas, tras criticar la técnica judicial de indemnizar de forma global, lo curioso es que no sólo se abstenía de responderlas, sino que apuntaba la imposibilidad de su contestación, pues decía que seguramente no puede acudirse a otro criterio que al del “ojo de buen cubero” del juzgador, aunque posteriormente criticaba la técnica valorativa del “olfato” judicial. PANTALEÓN PRIETO, F. (1989). Págs. 643 y 651.

⁹⁰² El TS tiene declarado que los daños morales escapan por su naturaleza a toda objetivación mensurable, por lo que su cuantificación ha de moverse dentro de una ponderación razonable de las circunstancias del caso, situándose en el plano de la equidad (cfr. STS 2 febrero 1980, 29 enero 1986, 4 abril 1989 y 26 octubre 1993). Esta misma línea ha seguido el Tribunal Supremo, en sus Salas de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo, siempre que se ha tratado de indemnizar un daño moral, fuese cual fuese la causa de tal daño: la falta de consentimiento informado, la pérdida de oportunidad (que se asimila a un daño moral) o cualquier otra.

2º) En segundo lugar, pese a que se ha llegado a afirmar que los daños sanitarios tienen una “*naturaleza equivalente*”⁹⁰³ a los perjuicios cubiertos por el seguro de uso y circulación de vehículos a motor, se ha reprochado la inaplicabilidad a este ámbito sanitario de parámetros establecidos para una peculiar responsabilidad por riesgo. Por contra, cabe objetar que, conforme a la Constitución Española y a las leyes, las Administraciones públicas no se hacen responsables genéricamente del riesgo derivado del funcionamiento de los Servicios Públicos, pues sólo responden en razón de un vínculo de causalidad fáctica y jurídica ente dicho servicio y un daño real. Por dichos motivos, se señala que, en buen Derecho, no se justifica ninguna comodidad al aplicar al cálculo -que ha de ser prudencial y circunstanciado- del daño moral causado por un servicio público; siendo los razonamientos expuestos explicativos de la clara preferencia jurisprudencial por una valoración global y circunstanciada de los daños morales.⁹⁰⁴

De esta forma, se ha señalado que los baremos de constante referencia son útiles y acertadamente aplicables para muchos casos (los de daños físicos y morales asociados a éstos), pero resultan inaceptables para valorar los solos daños morales. Y ello, porque teniendo en cuenta que como señala el TS⁹⁰⁵, los daños morales son “*aquéllos que son infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o salud física o psíquica de la persona: en suma, aquellos que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales*”; resulta claro que esos bienes no son objeto de consideración clara y diferenciada en los baremos indemnizatorios instrumentales de Circulación de Vehículos a Motor. Poniendo además de relieve que esos baremos miran, como no ha dejado de señalarse, a la realidad de los seguros y de las compañías aseguradoras.

⁹⁰³ STS de 30 de Octubre de 1999 (rec. Casación 5696/1995).

⁹⁰⁴ Así lo expresa el voto particular discrepante que formula al Dictamen 548/2013, de 19 de Noviembre de 2013 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, el Consejero D. Andrés De la Oliva Santos,. Son reclamantes, en cuanto al *pretium doloris* los familiares de un paciente fallecido. Se considera que existe una violación de la Lex Artis, no causante del fallecimiento pero sí de una “pérdida de oportunidad”, por lo que se afirma la existencia de responsabilidad patrimonial. Afirma el dictamen que, para el cálculo de la indemnización, el Consejo viene considerando aplicable a los casos de pérdida de oportunidad el baremo establecido para los accidentes de tráfico siempre que el daño está contemplado en dicho baremo, si bien aplica una reducción en función de la probabilidad de la producción del daño El Consejero D. Andrés De la Oliva, con apoyo en la STS3ª 3858/2012, de 11/06/2012, y STS3ª 6244/2011, de 7 de octubre (ambas del Ponente, Sr. Marti García) manifiesta discrepar del dictamen, en cuanto a la afirmación de que el daño relevante en el caso está contemplado en el baremo, considerando que los daños morales que el baremo de tráfico prevé están incluidos, sin identificación ni diferenciación, en las indemnizaciones tasadas para los casos de muerte, pero no están en sí mismos contemplados en el baremo.

⁹⁰⁵ STS de 23 de Marzo de 2010 y 11 de Marzo de 2011.

El estado de la controversia ha sido plasmado en algunos dictámenes del extinto Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, entre otros en el dictamen 530/2013, de 12 de Noviembre de 2013⁹⁰⁶, anexado por su interés al presente trabajo (Anexo núm. 3). En este caso, para resarcir el daño causado por el fallecimiento de un familiar a raíz de una asistencia sanitaria, se hace uso de los criterios orientativos establecidos para los accidentes de circulación que contemplan las indemnizaciones básicas por muerte (incluidos daños morales). Se entiende que no se aprecia ninguna dificultad ni circunstancia especial que obligue a no considerar el carácter orientativo del citado baremo y que, por el contrario, ofrece un criterio objetivo de cuantificación que debe ser tenido en cuenta en aras a evitar la falta de equidad y arbitrariedad en la que se incurriría, de dar paso a subjetividades en la apreciación del daño causado. El entonces Consejero DE LA OLIVA SANTOS formula al respecto voto discrepante, al que se adhiere el también entonces Consejero SABANDO SUÁREZ, por considerar que la reclamación fue formulada por quienes no han sufrido daños físicos ni materiales ni perjuicios económicos, reclamándose por los solos daños morales padecidos ante el fallecimiento de la paciente. Entendiendo que a su juicio, los daños morales autónomos no se deben indemnizar como lo han sido, se rechaza así la aplicabilidad a este caso, siquiera sea orientativa, del tan repetido baremo; puesto que sus indemnizaciones comprenden indiferenciadamente el resarcimiento de los daños físicos y de los morales que acompañen a éstos, cuando el exclusivo daño moral ha de ser objeto de una valoración global, conforme a criterios prudenciales según las circunstancias de cada caso. Y ello, por más que esta valoración presente dificultades, y no pueda estar exenta de cierto grado de subjetividad (sosteniendo que éste ha sido el criterio constante de la más autorizada doctrina jurisprudencial y doctrinal). En este sentido, expresan su lamento de que, con cargo a fondos públicos, se indemnice a los reclamantes por unos daños no sufridos por ellos, lucrándose indebidamente *“por la vía de los daños morales, no ya malentendidos sino completamente deformados”* señalando lo siguiente:

“Aplicar a la cuantificación de la indemnización por los sólo daños morales los baremos de constante referencia no resulta justificable por la dificultad de

⁹⁰⁶ Presentada reclamación de responsabilidad administrativa patrimonial por los tres hijos de una mujer fallecida a causa de una atención pretendidamente deficiente de la Sanidad pública madrileña (hijos a los que posteriormente se añade el marido de la difunta), la propuesta de resolución sometida a dictamen del Consejo Consultivo considera que un accidente por el mal manejo de la enferma al transportarla en ambulancia para rehabilitación le provocó caída con fractura de cadera, y la correspondiente operación quirúrgica vino a determinar su fallecimiento en el Hospital Clínico San Carlos a los cuatro días de esa operación. El dictamen, aun insistiendo en sus párrafos finales en el carácter no vinculante, sino meramente orientativo de los baremos para la referida valoración, finaliza cuantificando la indemnización del caso según los criterios de baremación establecidos en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, con los conocidos matices introducidos jurisprudencialmente.

valorar del modo que se acaba de decir: esa dificultad es asumible, los tribunales la asumen y, de hecho, este mismo Consejo Consultivo la ha asumido en muchos otros casos, como quedará demostrado en este voto particular. No estábamos ni estamos obligados, como dice el dictamen del que discrepo, a acudir a los baremos. La comodidad o facilidad de acudir a los citados baremos carece de entidad mínimamente justificativa de su empleo, pues, insisto, esos baremos atienden a la cuantificación de daños físicos y morales indistintamente, por lo que son absolutamente inhábiles para cuantificar unos daños morales como los del caso, no asociados a daño físico alguno”.

La razonabilidad de los argumentos contrarios al uso del baremo es manifiesta y no podemos negar que es doctrina asentada que los tribunales han de cuantificar las indemnizaciones para los daños morales, mediante una “apreciación racional que no matemática”. Sin embargo, parece ser una facultad al alcance sólo de los magistrados, y previo a que el asunto sea discernido en un tribunal, la Administración -a fin de asegurar la corrección de su actuación- y las Compañías Aseguradoras -para hacer sus previsiones y cálculos de siniestralidad- han de poder valorar los daños lo más objetivamente posible. Y para ello, lo cierto es que, hoy por hoy, la única herramienta de la que disponen es el baremo de tráfico, lo que lleva a flexibilizar su uso de tal manera que llega a desconfigurarse.

4.3.- LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS JUECES

Como hemos visto, son las sentencias de nuestros Tribunales y los dictámenes de los Órganos Consultivos los que acometen el intento de fijar las orientaciones básicas para la indemnización de los daños morales, a falta de parámetros o módulos objetivos, aludiendo siempre a su indiscutible componente subjetivo. A modo de recopilación de los criterios que el Tribunal Supremo viene señalando, cabe recoger, entre otras, la STS 3 de mayo de 2012, que extracta éstos en orden a la concreta cuantificación de la indemnización por el daño sufrido por la actora:

1.- Ciertamente es que ha de proclamarse el principio de plena indemnidad o reparación integral de los daños y perjuicios causados, sin perjuicio de que para este tipo de daño

sea una mera aspiración imposible de cumplir por las razones que anteriormente expusimos.⁹⁰⁷

2.- Ahora bien, la determinación del *quantum* indemnizatorio es un juicio de valor que está reservado a los Tribunales de instancia y a su función soberana sobre apreciación de la prueba⁹⁰⁸ y ha de ser respetado en casación; en tanto no se demuestre su irracionalidad o la infracción de las normas o principios que regulan la valoración de los medios probatorios⁹⁰⁹, por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción⁹¹⁰. Ello viene determinado, realmente, por la incidencia que las limitaciones en la revisión de la valoración de la prueba tiene en los concretos supuestos de fijación de cuantías. La razón es que el importe de la indemnización depende de las concretas características de cada daño y, por ello mismo, es una cuestión de hecho, cuya solución depende de la valoración que han de hacer los tribunales de instancia del material probatorio.⁹¹¹

3.- Se afirma, incluso⁹¹² que, aunque el Tribunal Supremo en casación tenga un criterio distinto al de instancia respecto de la cuantía de la reparación de un concreto perjuicio moral, no le está permitido corregir la evaluación que hubiese efectuado el Tribunal sentenciador si éste ha respetado ese único requisito controlable en casación, que es la razonabilidad y la ponderación de la indemnización fijada en atención a los hechos declarados probados por la propia sala de instancia.

4.- Asimismo, en materia de indemnización de daños morales se declara que la fijación de la cuantía de la indemnización por tal concepto, dado su componente subjetivo, queda reservada al prudente arbitrio (distinto de un uso arbitrario de la potestad jurisdiccional) del Tribunal *a quo*⁹¹³. Y es que, cuando estamos ante daños morales, en muchos casos no aparecen como ciertos y sólo se puede reconocer su existencia en un alto grado de probabilidad, por lo que hay una mayor tendencia del Tribunal a una fijación discrecional de la indemnización.

⁹⁰⁷ Sentencias de 14 y 22 de mayo de 1993, 22 y 29 de enero y 2 de julio de 1994, 11 y 23 de febrero y 9 de mayo de 1995, y 9 de junio de 2009.

⁹⁰⁸ STS 25 de septiembre y 9 de Octubre de 2001, SSTS 19 de Octubre de 1990, 18 de julio de 1996, 14 de julio de 2000 y 15 de Marzo de 2001.

⁹⁰⁹ STS 21/12/2006, entre otras.

⁹¹⁰ SSTS de 5 abril, 9 de junio y 13 de junio de 2006.

⁹¹¹ STS 19 de Julio de 2011 (recurso casación 353/2010), así como la STS 7878/2012, Sala 3ª, 27 de Noviembre de 2012: *"En la sentencia de esta Sala y Sección de 20 de Febrero de 2012 (recurso de casación 527/2010), con cita de otras anteriores (también de la Sección 6ª), insistíamos en que la cuantía indemnizatoria por daño moral no es revisable en sede casacional, pues constituye una cuestión de hecho. Hasta el punto de que, como dicen las sentencias de 12 de noviembre de 2007 (recurso de casación 7418/2004), y 22 de octubre de 2001 (recurso de casación 5096/1997), aunque el Tribunal de Casación tenga un criterio distinto al de instancia respecto de la cuantía de reparación de un concreto perjuicio moral, no le está permitido corregir la evaluación que hubiese efectuado el Tribunal sentenciador si éste ha respetado ese único requisito controlable en casación, que es la razonabilidad y la ponderación de la indemnización fijada en atención a los hechos declarados probados por la propia Sala de Instancia"*.

⁹¹² STS. 22 de Octubre de 2001 y 4 de Febrero de 2005.

⁹¹³ STSS, entre otras, de 20 de Junio de 1996, 5 de Febrero de 2000, etc.

5.- Finalmente, se reitera que la jurisprudencia se ha decantado por una valoración global que “*derive de una apreciación racional aunque no matemática*”⁹¹⁴ pues se carece de parámetros o módulos objetivos⁹¹⁵.

En definitiva las orientaciones jurisprudenciales en orden a la determinación de la indemnización por daños morales, conducen a ponderación de las circunstancias concurrentes, tanto personales como patrimoniales de la víctima y de sus allegados más directos, teniendo en cuenta además la práctica cotidiana de los Tribunales de Justicia en casos similares. Todo ello, a fin de lograr la razonabilidad en su compensación, y dar así cumplimiento al que se ha señalado por el Tribunal Supremo como “*el único requisito jurisprudencialmente declarado*” en la indemnización de daños morales, de resultar razonable y ponderada para compensar el daño realmente sufrido⁹¹⁶.

Como ejemplo de una valoración realizada de forma arbitrada, podemos traer a colación la STSJM 304/2014, de 14 de Abril de 2014, en el caso de una infección causada por el olvido de una gasa en una intervención de prótesis, que obliga a retirar la prótesis y esperar a realizar una segunda intervención. Apoyándose en la antedicha sentencia del TS que justifica la dificultad de cuantificar este tipo de daños, sin mayor motivación, acuerda una cantidad total “prudencialmente” de 100.000€, de los cuales un 10% se conceden al esposo por la alteración de su vida por los cuidados a la esposa y el resto a la paciente. Cabe reprochar a esta sentencia, sin embargo, la falta de motivación y ponderación de las circunstancias tenidas en cuenta.

Igualmente, la SJCA nº 14 de Madrid, 226/2015, de 2 de Junio de 2015: Por contagio de infección y hepatitis C por el uso de un equipo contaminado en intervención quirúrgica. Se determina la indemnización correspondiente a días de baja improductiva y factor de corrección del 10% por perjuicios económicos; y en cuanto a la cantidad que además solicita la parte reclamante, el Juzgado, tras señalar que debieron haberse razonado a través de los medios habituales (como es el sistema de valoración de los accidentes de circulación) y probado con el mayor detalle posible, “*en uso de la libertad estimativa que todo tribunal de justicia tiene para casos en que o no hay norma legal que expresamente regule el supuesto o la que hubiere no puede ser directamente aplicada; o sea ejerciendo esa potestad de resolver por arbitrio que está implícitamente reconocida en los arts. 9.2 y 103 CE (sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico; sujeción a la Ley y al Derecho); y en los arts. 1.2, 1.3 y 1.7 del CC (aplicación subsidiaria de la costumbre y complementaria de los principios*

⁹¹⁴ STSS 15 de Abril de 1988 y 1 de Diciembre de 1989, entre otras.

⁹¹⁵ STS de 3 de Enero de 1990.

⁹¹⁶ Así lo expresa la STS (Sala 3ª) de 20 de Julio de 1996.

generales del Derecho; prohibición del “non liquet”), entre otros; en definitiva: decidiendo de manera arbitrada (y, como tal lícita) que no arbitraria (lo que sería un ilícito por ir contra la prohibición contenida en el art. 9.3 CE)”, se declara que la cuantía indemnizatoria en los términos que está planteado el debate no debe exceder de 5.000€ por la totalidad de estos conceptos, dando lugar así a una indemnización de 13.644,06€

4.4.- EL RETRASO DIAGNOSTICO: UN SUPUESTO DE INDEMNIZACIÓN PLURIFORME

Un claro ejemplo de heterogeneidad a la hora de indemnizar, lo encontramos en las reclamaciones que tienen su causa en una demora en el diagnóstico de una patología o en el comienzo de un tratamiento. Hay que distinguir entre aquellos supuestos en los que dicho retraso ha tenido una repercusión corporal por agravamiento de la enfermedad o aparición de complicaciones (lesión o secuela), de aquellos otros casos en los que la demora no conlleva una repercusión en la enfermedad en cuestión.

En el primer supuesto, la indemnización no representa normalmente problema alguno, pues se trataría de un daño corporal, por lo que lo más cómodo y habitual es aplicar el baremo de tráfico sin más. Sin embargo, no ocurre así cuando no existe tal repercusión física, y se entiende que el perjuicio ocasionado es de naturaleza moral. En estos casos, los Tribunales vienen reconociendo el retraso diagnóstico como un daño moral en sí mismo, constituido por el desasosiego o la inquietud ante la espera o al conocer que debió ser tratado antes, que resulta en consecuencia complicado valorar. Una vez más, se manifiestan también aquí varias formas de indemnizar y podemos encontrar casos que se valoran por baremo, y otros a tanto alzado, sin llegar realmente a comprender las razones que aducen los Tribunales para optar por una u otra opción.

a) Por baremo: En ocasiones el retraso en cuestión se ha valorado, calculando el tiempo de demora según el valor de los días de incapacidad improductiva, contemplado en el Baremo de Tráfico; es decir, a razón de los días “de más” que el paciente ha tenido que soportar a causa de la dilación en el procedimiento diagnóstico o terapéutico.⁹¹⁷ De esta forma, se tiene en cuenta el dolor físico como único criterio objetivo, calculándolo por su duración en días.

⁹¹⁷ Así se hace por ejemplo en el Dictamen del extinto Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 345/13, de 30 de Julio de 2013, entendiéndose que a falta de prueba por la reclamante que permita determinar criterios de valoración de la pérdida de oportunidad que supuso la demora, procede valorar “el

Es el caso de la STSJ Madrid núm. 895/2011 de 25 de Octubre de 2011. Declarada reiteradamente la imposibilidad de evaluar cuantitativamente y con exactitud el daño material y moral sufrido por el administrado, el Tribunal se acoge a que la fijación de la cuantía de la indemnización se efectúa, generalmente, de un modo global, atemperándose a los módulos valorativos convencionales utilizados por las jurisdicciones civil, penal y laboral; y sin que, en ningún caso, haya de reputarse necesario que la cantidad globalmente fijada represente la suma de los parciales con las que se cuantifique cada uno de los factores o conceptos tomados en consideración⁹¹⁸

b) A tanto alzado: En otros supuestos, se ha desdeñado la solución de acudir al baremo, entendiendo que al consistir el daño en la incertidumbre ante las consecuencias del retraso en la enfermedad, *“no puede admitirse la valoración mediante el fácil recurso de considerar el periodo de retraso como días no improductivos”*.⁹¹⁹ De forma que, aludiendo a que lo que ha de valorarse es únicamente la incertidumbre causada por la inadecuada asistencia sanitaria y no concretos daños físicos, se considera inaplicable por tanto el baremo, debiendo establecer una indemnización a tanto alzado, como vienen haciendo los Tribunales.

Ejemplo de ello, es la STSJ País Vasco 319/2015, de 22 de Mayo de 2015: entendiendo que aunque el retraso no se anuda a ningún resultado lesivo, se reconoce una indemnización de 12.000€ por la prolongación excesiva en los tiempos de actuación médica sin trascendencia en el resultado final del proceso sanatorio, *“una especie de resarcimiento moral”*, como dice la propia sentencia. También la STSJ Asturias de 11 de Abril de 2016, en la que el Tribunal señala que el retraso, considerado mala praxis, ha de relacionarse con las indudables molestias de toda índole que durante el periodo de tiempo el reclamante hubo de soportar, así como con el daño moral que *“el hecho de ver que los servicios*

único daño del cual hay plena constancia”, que son los días que tardó el reclamante en ser correctamente diagnosticado (días improductivos y de hospitalización), añadiendo el 10% de factor de corrección por perjuicios económicos.

⁹¹⁸ El TSJM dice apoyarse en las STSS de 3 de Diciembre de 1983 y 16 de Julio de 1984.

⁹¹⁹ Así lo argumenta el mismo Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en Dictamen núm. 384/2013, de 18 de Septiembre de 2013, en un caso sobre retraso diagnóstico de cáncer, en el que declara una indemnización de 20.000€, teniendo en cuenta que en sentencias y dictámenes las indemnizaciones oscilan entre 10.000€ y 60.000€, y considerando las circunstancias del caso (tres meses de retraso diagnóstico, mayor complejidad de la intervención quirúrgica realizada y aumento de las posibilidades de metástasis).

médicos no lograban dar con el diagnóstico correcto” le tuvo que ocasionar, siendo que por tales circunstancias se considera adecuada la cifra de 10.000€

Llamativo resulta el caso en el que se concluye procedente indemnizar unas horas (menos de tres) de retraso diagnóstico de apendicitis en un menor, con una cantidad global de 300€, por entender que ha de resarcirse “*el dolor y el padecimiento sufrido por el menor*” durante ese tiempo (Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid 60/2016, de 5 de Mayo de 2016). Este tipo de pronunciamiento no deja de parecernos contraproducente, pues indemnizar “por horas”, salvo excepciones, no parece proporcional ni acorde a la realidad de la sanidad; pero es que, además, no podemos perder de vista que todo proceso médico conlleva una natural angustia, por lo que podría llevarse al extremo de indemnizar el tiempo que media entre revisiones médicas o entre la realización de una prueba y la obtención de los resultados, lo que no haría más que perjudicar el sistema sanitario y sobredimensionar las obligaciones que le son propias.

4.5.- LA JUSTIFICACIÓN DE LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL: ¿MERA CLÁUSULA DE ESTILO?

4.5.1.- La necesidad de motivar las sentencias sobre daños morales

Hoy en día, resulta incuestionable el deber que pesa sobre los Tribunales y las Administraciones de motivar sus sentencias y resoluciones, encontrándose totalmente consagrado en nuestro Ordenamiento.⁹²⁰ Así se establece en el art. 120.3 de la Constitución Española al disponer que: “*las sentencias serán siempre motivadas*”, relacionándose este deber por el Tribunal Constitucional con el derecho a la “*tutela judicial efectiva*” que recoge el art. 24.1 CE.⁹²¹ Igualmente, en el ámbito administrativo

⁹²⁰ Durante parte de los siglos XVIII y XIX, existió una prohibición de fundamentar las sentencias, en virtud de una Real Cédula de Carlos III de 23 de Junio de 1778 que en contra de la tradición castellana y la catalano-aragonesa, consideraba que con la motivación se daba lugar a “*cavilaciones de los litigantes*” y que “*consumían mucho tiempo en la extensión de las sentencias*”. Posteriormente, la recuperación del deber de motivar las mismas se va materializando conforme el antiguo régimen cede ante el liberalismo, primero en el Código de Comercio de 1829 y luego en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, con el fin de posibilitar la revisión de las sentencias por los Tribunales Superiores y evitar injusticias y arbitrariedades. CAVANILLAS MUGICA (2006). Pág. 159, recogiendo ORTELLS RAMOS, M., “Origen histórico del deber de motivar las sentencias” en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, núm. 4, pp. 899 ss.).

⁹²¹ Así en la STC 13/1987, de 5 de Febrero, el Tribunal manifiesta que “*el artículo 120.3 de la Constitución Española establece que las sentencias serán siempre motivadas y la relación sistemática de este precepto con el art. 24 lleva a la conclusión ineludible de que el ciudadano que tiene derecho, como tutela efectiva, a la sentencia, lo tiene también al requisito o condición de motivada*”.

se contempla en el art. 35 de la nueva Ley 39/2015, de 1 de Octubre, de Procedimiento Administrativo Común⁹²².

Tal y como ha venido resaltando el TC, mediante la motivación no sólo se dan a conocer al interesado las razones de que se estime o se deniegue su petición, garantizándole *“que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad”*⁹²³, sino que además facilita el control de las resoluciones por los tribunales superiores. Su relevancia incluso trasciende del caso concreto, pues al mismo tiempo sirve al interés legítimo de la comunidad jurídica, en general, dándole a conocer las razones de la decisión que se adopta y, por tanto, el enlace de ésta con la Ley y con el sistema de fuentes del Derecho dimanante de la Constitución⁹²⁴. Se trata, pues, de una herramienta de control social respecto a la actuación de los tribunales.

Para poder determinar el contenido de este deber son dos las cuestiones a plantearse: por un lado, ¿qué ha de ser motivado? y por otro ¿qué cantidad y qué calidad de motivación se requiere?

Con respecto al contenido, son dos principalmente los bloques sobre los que ha de versar la motivación, los hechos y los fundamentos de derecho que les son aplicables. El primer componente de la sentencia es la fijación de los hechos, efectuada a partir de la apreciación del juzgador tras la práctica de la prueba con aplicación de las reglas de la carga de la prueba y las presunciones⁹²⁵; siendo necesaria a este respecto su motivación, a fin de evitar que los tribunales vistan decisiones de derecho como cuestiones de hecho, por cuanto como pone de manifiesto NIETO *“de ordinario la atención se centra en el tratamiento jurídico, en cuyo ámbito se intensifica hasta el máximo control (...) En cambio, todo es tolerancia en materia de hechos(...) De esta manera, se configura un “juez de Derecho” de decisiones controlables, dejando a un lado un “juez de hechos” con un ámbito libérrimo de arbitrio”*.⁹²⁶

⁹²² Anteriormente regulado en el art. 54.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, y en relación con el procedimiento de responsabilidad patrimonial el art 13.2 del Reglamento de Procedimiento (RD 429/1993, 26 de marzo), que exigía que la resolución se pronuncie *“sobre la valoración del daño causado y la cuantía de la indemnización, explicitando los criterios utilizados para su cálculo”*.

⁹²³ STC 116/1986, de 8 de Octubre, entre otras.

⁹²⁴ STC 13/1987 de 5 de Febrero.

⁹²⁵ La STC 171/1985, de 17 de diciembre, señala que la motivación *“en el caso de la prueba indiciaria tiene por finalidad expresar públicamente no sólo el razonamiento jurídico por el cual se aplican a unos determinados hechos, declarados sin más probados, las normas jurídicas correspondientes y que fundamentan el fallo, sino también las pruebas practicadas y los criterios racionales que han guiado su valoración”*.

⁹²⁶ NIETO GARCIA, A. (2000). Pág.381.

En cuanto al fondo, con respecto a la aplicación del Derecho Positivo a los hechos probados, ha de darse respuesta motivada a cada una de las pretensiones del interesado, a fin de no incurrir en incongruencia, sin que ello suponga que haya de contestarse una por una a las argumentaciones empleadas por las partes.

Con respecto a la cantidad exigible, la motivación puede ser parca, pero siempre suficiente como para permitir conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, su *ratio decidendi*⁹²⁷. Se ha considerado suficiente, por ejemplo, la motivación por remisión, con admisión de los argumentos de la sentencia recurrida⁹²⁸; lo que significaría realmente no obtener respuesta fundada, pues el recurrente pretende una modificación en lo que dice la sentencia que recurre. En este sentido, el TS ha señalado⁹²⁹ que la exigencia de motivación no conlleva una pretensión de pormenorización excesiva, entendiendo que el derecho a la tutela judicial efectiva no requiere que la resolución judicial ofrezca una exhaustiva descripción del proceso intelectual llevado a cabo por el juzgador para resolver, ni una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes. Ni siquiera lo exige la corrección jurídica interna de la fundamentación empleada, bastando con que la argumentación vertida exteriorice el motivo de la decisión, la *ratio decidendi* en orden a un eventual control jurisdiccional; pues se cumple la exigencia constitucional cuando la resolución no es fruto de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad, como ha reconocido el TS y la Jurisprudencia Constitucional.⁹³⁰

En cuanto a la calidad, el TC ha querido evitar convertirse en última instancia de defensa de la corrección interpretativa de las sentencias, por lo que ha rechazado que el derecho a que la sentencia sea motivada incluya también *“la corrección interna desde un punto de vista jurídico en la fundamentación de la sentencia, pues ello convertiría a este Tribunal en una especial forma de casación del ajuste de las sentencias con la legalidad, lo que está notoriamente fuera de su jurisdicción”*⁹³¹. Sin perjuicio de ello, para evitar la motivación meramente aparente, exige que la misma sea *“recognoscible como aplicación del sistema jurídico”*⁹³², que contenga *“una*

⁹²⁷ STC 119/2003, de 16 de junio, entre otras.

⁹²⁸ STC 196/2005, de 18 de julio, entre otras.

⁹²⁹ Así lo señalan las STS (Sala 3ª) de 7 de Julio de 2004 con referencia a las de 21 de Marzo y 14 de Mayo de 2002.

⁹³⁰ Por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre; 100/1999, de 31 de mayo; 165/1999, de 27 de septiembre; 80/2000, de 27 de marzo; 210/2000, de 18 de septiembre; 220/2000, de 18 de septiembre; y 32/2001, de 12 de Febrero.

⁹³¹ STC 174/1987, de 3 de noviembre

⁹³² STC 13/1987, de 5 de febrero, entre otras.

*fundamentación en Derecho*⁹³³, que no incurra en “error patente” en la aplicación de la legalidad o que no sea manifiestamente irrazonable.⁹³⁴ Yendo más allá, el TC ha llegado a poner en alerta sobre el uso abusivo por nuestros tribunales de las motivaciones de “copiar y pegar”, propiciadas por los desarrollos tecnológicos de la sociedad de la información.⁹³⁵

4.5.2.- El deber de motivación y el daño moral

La doctrina constitucional sobre la motivación en general cobra especial relevancia cuando nos hallamos ante un daño moral, en atención a las peculiaridades que hemos ido exponiendo, de forma que este deber ha de verse expresado en los siguientes aspectos:

- Como cuestión básica para llegar a un pronunciamiento indemnizatorio, es esencial la determinación del daño moral, por lo que habrán de motivarse qué hechos entiende el Tribunal que son constitutivos del mismo. Es decir, habrán de describirse qué hechos lesivos son a juicio del juzgador, subsumibles en tal concepto indeterminado, debiendo enumerarse cada una de las “partidas” o manifestaciones cuando se trate de una pluralidad de daños.
- Dado que la mayoría de los daños morales no están sustentados en pruebas, sino en presunciones arraigadas en los sentimientos comunes a las personas, de acuerdo con el art. 386 LEC debe explicitarse el razonamiento como cualquier otra presunción judicial, por lo que habría de evitarse caer en automatismos.⁹³⁶ Igualmente, en el que caso de que existieran razones para entender rota tal presunción, deberían expresarse en qué medios de prueba se basan para apartarse de la misma.
- La cuantificación. Para la Sala de lo Civil del TS la cuantificación del daño es una cuestión de hecho, mientras que para la Sala de lo Penal se trata de un ejercicio de “prudente arbitrio” o “discrecionalidad ponderada”. Y este último criterio parece ser el que más se ajusta a la especial naturaleza del daño moral, requiriendo una labor de valoración, aunque sea más en equidad que en derecho. Al tratarse de una facultad discrecional, resulta afectada por el deber constitucional de motivación, sin perjuicio de que la misma pueda ser más flexible de lo usual. A

⁹³³ STC 42/2004, de 23 de marzo, entre otras.

⁹³⁴ STC 55/2003, de 24 de marzo, entre otras.

⁹³⁵ STC 311/2005, de 12 de Diciembre, considera falta de motivación una sentencia en la que la argumentación, compuesta de textos legales y jurisprudenciales, carecía de conexión expresa con los concretos hechos del caso.

⁹³⁶ CAVANILLAS MÚGICA, S. (2006). Pág. 167.

este respecto, tal y como señala CAVANILLAS MUGICA⁹³⁷ la facultad del juez de indemnizar el daño moral lleva implícito un mandato valorativo, pero ante la imposibilidad de encontrar un parámetro absoluto para efectuar la misma, ha de acudir a *“parámetros más humildes, de índole relativa o comparativa”*, justificándose la coherencia de la decisión judicial con las indemnizaciones que correspondan a esos daños morales. Junto a ello, el mandato constitucional de motivación requiere la observancia del principio de reparación integrada o vertebrada, que exige que se especifiquen las distintas partidas y conceptos indemnizatorios, de forma que en la suma total se desglose de manera justificada los distintos conceptos. Sin embargo, no ha sido éste el mecanismo empleado por nuestros Tribunales, que olvidando dicho principio han permanecido anclados en un criterio de globalidad a la hora de fijar las indemnizaciones⁹³⁸, señalando sumas totales que engloban todos los conceptos en uno solo, para evitar tener que determinar el valor específico de cada daño.

Así ocurre, en la STSJM 381/2014, de 14 de Mayo de 2014. El Tribunal concluye que el paciente sufrió tres operaciones innecesarias a causa de una hernia inguinal, que añadieron morbilidad a la que tenía inicialmente el paciente y que la cuarta resultó fallida por una valoración preoperatoria adecuada. Entendiendo que todo ello le ha ocasionado dolor crónico y una disminución en sus posibilidades de mejoría y que además el paciente no fue informado adecuada y completamente con carácter previo, se declara una indemnización global por todos los conceptos de 62.406,58€, sin determinar cómo se llega a tal cantidad. Esta inconcreción que aún resulta más difícil al señalar la Sala que en el caso litigioso no cabe evaluar el daño causado al paciente mediante la aplicación del baremo de tráfico (lo que impide buscar justificación en las partidas del mismo), y por el hecho de que son varios los centros implicados sin que se sepa qué parte de indemnización le sería atribuible a cada uno.

En casos como éstos, el Tribunal Supremo ha venido “recomendando” una mejor descripción de los elementos que se tienen presente en la cuantía indemnizatoria, como en la STS de 20 de Enero de 1998 (Pte: Xiol Ríos): *“Ciertamente, hubiera sido deseable que la Sala hubiera motivado con más detalle su apreciación, distinguiendo los diversos conceptos susceptibles de consideración que integran los perjuicios de diverso carácter que considera indemnizables (...) del daño moral”*.

⁹³⁷ Vid. Anterior Nota al pie.

⁹³⁸ Así lo evidencia DIEZ PICAZO, L. (1999). Págs. 21-25 y 324: *“Nuestra práctica jurídica y nuestros tribunales persisten en la inadmisibile y errónea tendencia de englobar en una cifra los daños patrimoniales y los morales”*.

A falta de un baremo específico o criterio legalmente aplicable, los tribunales vienen justificando la cuantificación de dos maneras:

- Por relación a los usos del foro, es decir, al acervo de sentencias de los tribunales que vienen cuantificando el daño moral.
- Por relación al baremo de tráfico: siempre que se trate, naturalmente, de daños por lesiones o muerte. En tal caso, no sería necesario cuantificar independientemente cada una de las partidas, al incluirse el daño moral y el patrimonial.

En un intento de motivar y justificar la cuantificación de las indemnizaciones, los Tribunales y los Órganos Consultivos (no tanto así las Administraciones), emplean a veces expresiones que, si bien pretenden surtir efecto motivador sobre cómo se ha llegado al cálculo de la suma indemnizatoria, son realmente en muchas ocasiones meras fórmulas de estilo. Son ejemplo de algunas de ellas las siguientes:

- “Ponderación de valores predominantes en el mercado”: En el Dictamen 496/2011, de 14 de Septiembre de 2011 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, invocando el art. 141.2 de la LRJ-PAC y la dificultad de valorar el daño moral, se indica haber ponderado valores predominantes en el mercado a la hora de cuantificar en 6.000€ el daño ocasionado por la falta de probanza de la concurrencia del requisito del consentimiento informado. Esta expresión puede resultar sorprendente si consideramos que la autodeterminación que se indemniza, como daño inmaterial y personal que es, es ajeno al mercado. Es claro, no obstante, que tal expresión parece referirse al valor que se viene fijando y pagando para ese tipo de supuesto, por lo que más correcto habría sido motivar que la indemnización se calcula con referencia a casos similares, aunque con ello no se haga alusión a uno de los métodos que establece el antedicho precepto.
- “Valoración ponderando todas las circunstancias concurrentes en el caso”: Así, por ejemplo en el Dictamen 500/11, de 14 de Septiembre de 2011 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, citando los criterios del Tribunal Supremo en cuanto a la necesidad de realizar una valoración global derivada de una apreciación racional aunque no matemática, se fija una indemnización una vez *“ponderadas todas las circunstancias concurrentes en el caso”*. Esta fórmula no deja de resultar retórica y vacía, cuando no se especifican qué circunstancias son esas y qué incidencia tienen a la hora de fijar la indemnización.

- “Meditaciones ponderadas”: Si bien referida al ámbito penal, encontramos tal motivación en la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Móstoles, 3 de Enero de 2014:

“El perjuicio, en este caso, es el dolor de los padres de la niña fallecida. Es ardua cuestión la de cuantificar el precio del dolor. La acusación particular lo ha hecho en 151.000 euros y la pública en 150.000 euros. Si se considera, únicamente, el dolor de esos padres, que no desaparecerá mientras vivan; que no hay mayor desgracia entre los humanos, de las que nacen de la pérdida de un ser querido, que la de un hijo; que si el hijo tiene tan sólo cuatro años, con muchos años para dar satisfacción a sus padres, según expectativas de vida de más de 80 años conocidas para éstos, es decir, únicamente reflexionando sobre factores de los padres en sí, por dejar de tener a su hija, y no de la niña, aquella suma – la superior de las dos- no adolece en absoluto de exceso ni de exageración de ninguna clase, desde meditaciones ponderadas, por lo que debe ser aprobada puramente”.

- “Valoración prudencial”: En la STSJ Madrid de 26 de Marzo de 2014, en un caso en el que si bien se conoce la relación causal entre la actuación médica y las secuelas, se desconoce qué porcentaje del daño total es atribuible a la mala praxis, teniendo en consideración la falta de consentimiento informado, el Tribunal indica que fija “prudencialmente” el importe de la indemnización, cuantificándolo de forma global.
- “Valoración a tanto alzado partiendo del baremo”: El TSJ Madrid en Sentencia de 28 de Marzo de 2014 justifica la indemnización que señalan atendiendo “... a los criterios de la Sala en supuestos precedentes”, fijando la misma, “a tanto alzado, valorando todas las circunstancias concurrentes en el caso”, y “en términos aproximativos al 25% de la cuantía básica fijada en dicho baremo legal orientativo por la lesión finalmente acaecida”.
- Fijación prudencial en analogía a otros casos: impera en este campo la casuística propia de las reclamaciones indemnizatorias, y así el propio TS, en sentencia de 2 de Enero de 2012 reconoce a los recurrentes una indemnización por el quebranto sufrido de la “lex artis, que *“teniendo en cuenta lo resuelto en supuestos similares al presente”* (STS de 14 de Diciembre de 2010, recurso de casación 1633/2008), se fija en la cantidad de 50.000€ conjunta para los padres y para la menor la cantidad de 400.000€, actualizada a fecha de la sentencia, cuya entrega se abonará

por la Administración a nombre de la hija de los recurrentes y será administrada conforme a las normas civiles sobre la administración de los bienes de los menores o incapacitados. Igualmente, en STS de 27 de Junio de 2008, se hace referencia a los "casos análogos" para conceder la misma indemnización que suele otorgar la Sala en esos supuestos similares.

- "Las cuantías obedecen a la casuística en función de las consecuencias lesivas". Es decir, el Tribunal refiere servirse de los mismos parámetros para fijar la indemnización, pero acomodándose a las exigencias fácticas de cada supuesto y en consideración a las secuelas sufridas. Este es el caso por ejemplo de la STS de 9 de Octubre de 2012, Rec. Casación 5450/2011: *En supuestos de inexistencia o insuficiencia de consentimiento informado, hemos fijado indemnizaciones que fluctúan entre los 30.000 y los 60.000€, y confirmado indemnizaciones mayores otorgadas por las Salas de instancia en función de las circunstancias del caso concreto. En este sentido la parte recurrida cita la sentencia de 21 de marzo de 2007 (recurso 7394/2002). En todo caso las cuantías obedecen a la casuística, en función de las consecuencias lesivas.*⁹³⁹

- Determinación de la cantidad dentro de la horquilla en la que se vienen fijando las indemnizaciones: En relación a las indemnizaciones por falta de consentimiento informado, el Tribunal Supremo se hace eco de la horquilla en la que se encuentran las indemnizaciones que fija habitualmente, concretando el importe en función de alguna circunstancia concreta que se da en el caso de autos. Como ejemplo, la STS 13 de Noviembre de 2012 (Rec. Casación 5238/2011).⁹⁴⁰

⁹³⁹ En el presente caso, se fija la cuantía en 300.000€ que la Sala entiende proporcionada a la envergadura de las lesiones sufridas. Recoge la sentencia que el paciente quedó parapléjico a partir de la primera intervención, donde se hizo monitorización intraoperatoria y se realizó la segunda intervención con este déficit, empeorando la lesión medular con la infección. Estimando la existencia de responsabilidad señala tener en consideración la: *"Entidad de las lesiones y la edad del paciente (19 años), relacionadas con la falta de consentimiento que, entendemos, debe llevar a confirmar la indemnización concedida. Apreciamos, en definitiva, que ésta es proporcional por las secuelas padecidas, a pérdida de oportunidad que refleja la sentencia y en función del riesgo que afrontó el paciente, sin la debida información constatada (FJ 4º)".*

⁹⁴⁰ STS 13 de noviembre de 2012: *"Procede, por consiguiente, declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Y en lo que atañe a la cuantía de la indemnización que por este único concepto reclama la actora, dentro del inevitable subjetivismo que conlleva la fijación del llamado "pretium doloris" (cfr. Sentencias de 6 de julio de 2010, recurso de casación 592/2006 y 23 de marzo de 2011, recurso de casación 2302/2009), y teniendo en cuenta que en supuestos de inexistencia o insuficiencia de consentimiento informado hemos venido fijando indemnizaciones que fluctúan entre los 30.000 y los 60.000€ (STS 18 de julio de 2012, recurso de casación 2187/2010), este Tribunal considera que dado el tiempo transcurrido desde la fecha de los hechos está justificada y es proporcionada la cantidad máxima de 60.000€, actualizada ya a la fecha de esta sentencia".*

5- EL BAREMO PARA LA DETERMINACIÓN DE INDEMNIZACIONES POR DAÑOS DERIVADOS DE ACTUACIONES SANITARIAS: ¿UTOPIA O REALIDAD?

Motivado por las críticas al empleo de un baremo (el de tráfico) que nada tiene que ver con las negligencias sanitarias, y la dificultad de unificar un sistema de valoración del mismo, al encontrarnos con un sistema de libre elección de técnica valorativa, es generalizada la opinión favorable a la utilidad de un baremo específico de daños sanitarios, que recogiera las peculiaridades de este tipo de perjuicios. Principal argumento a favor es que en el daño sanitario no se parte de una situación de sanidad integral de la víctima, pues se trata de un paciente que está siendo diagnosticado o tratado de alguna patología. A ello se suma el hecho de que en materia sanitaria son muchas las especificidades que ocurren en el ámbito asistencial, que nada tienen que ver con un accidente de tráfico (errores o retrasos de diagnóstico, pérdida de oportunidad, falta de información o consentimiento informado, son ejemplos de ello que ya hemos visto). A este respecto, y sin perjuicio de propugnar la necesidad de tal baremo, se ha planteado que lo más idóneo sería que fuera complementario del existente en tráfico, primero por aprovechar la labor ya realizada, y en segundo lugar para no provocar grandes disparidades entre ambos.⁹⁴¹

No obstante, hay también razonamientos contrarios a un baremo sanitario, como son el riesgo de reproducir los defectos del existente en materia de tráfico y el peligro de que tal baremo sustituya el criterio de los jueces, a la hora de apreciar las circunstancias del caso concreto. Además, un baremo no es “la panacea” de la objetividad, pues nunca va a evitar el debate judicial sobre la adecuación o no a la *lex artis* del acto médico, y en definitiva no librará de realizar un juicio de culpabilidad (a pesar de que estemos ante una responsabilidad objetiva); lo que deja la puerta abierta en ocasiones a las condenas “por pena” o por reprobación de la conducta del profesional.

Con todo, en el año 2013, atendiendo a las voces que demandaban un baremo propio para los daños sanitarios, por iniciativa del Consejo Asesor de Sanidad del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, se constituyó el 23/1/2013 un Grupo de Trabajo sobre el Baremo para la Determinación de Indemnizaciones por daños derivados de actividades en el ámbito sanitario, con objeto de “*ofrecer una herramienta nueva (Baremo) para contribuir a una mayor seguridad jurídica, transparencia, agilidad*

⁹⁴¹ SABANDO SUAREZ, P. (2014). Pág.86. A pesar de sus objeciones, se pone en valor el baremo de tráfico, señalando la conveniencia de aprovechar aquello que ya está en él regulado y que es aplicable al ámbito sanitario.

*y reducción de la litigiosidad, partiendo de la convicción de que es necesario mejorar la situación actual de aplicación analógica del Baremo de Accidentes de Tráfico a las indemnizaciones derivadas de actuaciones en el ámbito sanitario*⁹⁴². Tras las correspondientes reuniones del grupo, se debaten las aportaciones de los distintos miembros formulándose un borrador de informe.

La propuesta de Baremo parte de la convicción de que es necesario mejorar la situación actual de aplicación del Baremo de Accidentes de Tráfico a las indemnizaciones derivadas de actuaciones en el ámbito sanitario; manifestando que *“la falta de criterios y de estándares de baremos, contribuye a la incertidumbre y, en no pocos casos, a problemas de seguridad jurídica y de agilidad en la solución respecto de conflictos tanto cuando afectan a profesionales, como a instituciones sanitarias o a los propios pacientes”*. Ello es, precisamente, lo que llevó al Ministerio de Sanidad a proponer este Baremo, con intención de que fuera de utilidad tanto para centros públicos como para centros privados.

En el informe se constata *“una utilización frecuente del Baremo de Accidentes de Tráfico en los litigios relacionados con responsabilidad y consiguientes indemnizaciones por daños relacionados con actividades sanitarias”* y tras señalar el valor orientativo de este Baremo, se estima *“insuficiente por no contemplar supuestos ajenos a la accidentalidad vial y vinculados estrictamente a actuaciones de profesionales o a dificultades de funcionamiento relacionadas con la organización o la gestión sanitarias”*.

A ello hay que añadir, según señala el Informe, que la *“práctica judicial revela una considerable dispersión en los criterios aplicados por parte de jueces y tribunales”* y que esta “heterogeneidad” es “muy acusada” en el ámbito de unas Comunidades Autónomas respecto de otras.

También se hace referencia a la utilidad de los criterios recogidos en el baremo para calificar discapacidades (que la OMS ha desaconsejado para otros fines que no sean los estrictamente relacionados con estas situaciones), y el carácter orientativo del Baremo europeo, que tiene el interés de establecer criterios y estándares en atención a funciones corporales y no a partes del cuerpo afectadas por daños.

⁹⁴² Borrador de informe del Consejo Asesor, 28 de Junio de 2013 disponible en internet: <http://docplayer.es/2729332-Baremo-para-la-determinacion-de-indemnizaciones-por-danos-derivados-de-actividades-en-el-ambito-sanitario-borrador-de-informe.html>. Se aporta al presente trabajo como Anexo 4.-

La responsabilidad objetiva que legalmente se relaciona con el funcionamiento de los servicios públicos, la responsabilidad subjetiva desde la perspectiva de las consecuencias de carácter patrimonial y el daño moral también son abordados en este Informe que establece las siguientes 17 propuestas de “Baremo para la determinación de indemnizaciones por daños derivados de actividades en el ámbito sanitario”:

1.-Se considera como objetivo prioritario la regulación de un baremo indemnizatorio específico para el ámbito sanitario, dado que la aplicación analógica del baremo de accidentes de tráfico sólo debería tener un valor referencial, ya que la persona que tendría derecho, en su caso, a una indemnización no es un politraumatizado (presuntamente sano), sino un enfermo que accedió a los servicios sanitarios, públicos o privados, con la expectativa de ver mejorada su situación como enfermo.

2.-Para hacer frente a los problemas referidos a la indemnización por daños relacionados con la actividad sanitaria, sería altamente necesario que se tengan en cuenta los mismos en la ley por la que se van a introducir diversas modificaciones sobre el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales y otros aspectos procesales.

3.-Entretanto se lleva a cabo dicha modificación legal, sería muy conveniente que se arbitraran normas transitorias, a incorporar en alguna disposición reglamentaria, en vigor o que se apruebe en el inmediato futuro.

4.-Podría ser, de momento, suficiente que, en la referida norma reglamentaria, se señalaran algunos criterios o principios específicos para una interpretación y aplicación adecuados del baremo de accidentes de tráfico a los daños sobrevenidos con ocasión del ejercicio de actividades sanitarias.

5.-A este respecto, se valorará la complejidad de las organizaciones sanitarias y, en su caso, el ejercicio autónomo de las mismas.

6.-Se considera que el baremo, cuando se regule en la futura legislación, debería tener un carácter vinculante en el caso de ser utilizado en los procesos de solución extrajudicial de conflictos, manteniéndose para el ámbito judicial el criterio, en idéntico sentido y ya vigente en los supuestos de accidentes de tráfico.

7.-El baremo y sus características básicas deberían estar comprendidos en el marco de reformas legales sobre el funcionamiento de la Justicia, si bien el desarrollo articulado de los mismos podría figurar dentro de un real decreto aprobado a tal efecto.

8.-Sin perjuicio del posible periodo transitorio al que antes se ha hecho referencia, se considera que la implantación del baremo debería ser generalizada.

9.-Sería conveniente que en la futura legislación en materia de reforma del funcionamiento de la Justicia, se prevean plazo/os habilitantes para el ejercicio de

iniciativas conducentes a la solución extrajudicial de conflictos relacionados con “daños sanitarios”.

10.-En cuanto a la utilización de medios probatorios, se entiende necesario que en la futura legislación queden claramente establecidos los supuestos en los que se podría incurrir en responsabilidad penal, civil y demás que procedan por parte de los peritos, así como el establecimiento de los estándares de cualificación y de experiencia en la materia.

11.-Se estima que sería muy positivo el fomento de los procedimientos voluntarios para la solución extrajudicial de los conflictos, tanto en su modalidad de mediación como, en su caso, el arbitraje.

12.-Se valora que sería un factor positivo para la reducción de la litigiosidad y la rapidez en la solución de los problemas indemnizatorios, que la utilización de dichos procedimientos extrajudiciales tenga el carácter de trámite previo a la iniciación de la vía judicial.

13.-Todo lo relacionado con los procedimientos extrajudiciales a los que se ha hecho mención podría incluirse en el futuro Reglamento de Mediación que está previsto aprobar próximamente.

14.-Por lo que se refiere a la regulación del mal llamado “daño moral”, en realidad, daño extra patrimonial, ya previsto para el ámbito de accidentes de tráfico, (Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, relativo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor), habría que definir con precisión este concepto, los factores que contribuyan a su determinación y la forma de fijar el montante indemnizatorio del mismo. A tal fin sería necesario especificar los elementos que lo configuran y, a ser posible, techar su alcance.

15.-Habría que tener en cuenta que, por su propia naturaleza, el mal llamado “daño moral”, como tal, no parece susceptible de baremación. Sin perjuicio de ello, es altamente conveniente que el montante indemnizatorio se encuentre comprendido dentro de unos determinados límites, en evitación de decisiones discrecionales que podrían acabar siendo notoriamente lesivas para cualquiera de las partes en conflicto. Para ello cabría considerar que el importe máximo estuviera cifrado en un porcentaje de la indemnización generada por el daño sanitario directo y que, en todo caso, se module el referido porcentaje en función de indicadores/criterios objetivos (sufrimiento, capacidad de relación social, rechazo social, etc...).

16. Con carácter general, parece oportuno considerar la posibilidad de que las indemnizaciones derivadas de daños relacionados con la actividad sanitaria puedan consistir tanto en prestaciones económicas como en prestaciones en especie (en particular, para tener en cuenta las situaciones de discapacidad que generen problemas de dependencia). Asimismo, convendría que se valoraran los supuestos,

los requisitos y los procedimientos a estos efectos, contemplando igualmente la posibilidad de indemnizaciones de tipo mixto (capital, renta, servicios).

17.-Como consideración final, hay que resaltar que existen algunos supuestos especiales a los que habrá que dar respuesta con una regulación en la que se establezcan criterios/medidas específicos. Entre otros casos, cabría citar los supuestos mixtos (accidente de tráfico sobrevenido en persona enferma) e incidentes de origen sanitario en personas que previamente no se encontraban enfermas (actividades preventivas de vacunación u otras similares).

El informe precisa que, cualquiera que sea el tipo de Baremo que se utilice, *“es especialmente relevante la función de los peritos y la formación y experiencia procesal de los mismos”*, así como *“contar con los criterios que pudieran aportar las Sociedades Científicas, en particular respecto del Consentimiento Informado y de los riesgos asumidos/beneficios esperados con ocasión de alguna intervención”*.

Desde la emisión de tal borrador y la noticia de que se estaba trabajando en el Baremo Sanitario, escasa o casi inexistente ha sido la información oficial facilitada, ofreciéndose únicamente versiones y opiniones personales de algunos especialistas en la materia, acerca de si saldría o no a la luz finalmente dicho Baremo. Hoy por hoy, puede afirmarse que parece haber quedado parado o abandonado, máxime cuando el nuevo baremo de tráfico ya ha positivizado su carácter orientativo en materia sanitaria. Y aunque también anuncia un futuro baremo sanitario, al disponer que le servirá de referencia, no deja de ser más que una declaración de intenciones que dependerá de los intereses normativos de cada momento político que vaya aconteciendo. Eso sí, dejando claro que ambos baremos habrán de ser homogéneos.

Algunos autores han entendido que se trata de un fracaso anunciado⁹⁴³, considerando que el camino trazado no ha sido el correcto por varias razones, como son: la falta de pluralidad en la composición del grupo de trabajo, así como falta de transparencia en el estado de sus trabajos; la necesidad de regular previamente el aseguramiento de la responsabilidad médica; las posibles objeciones de constitucionalidad que podrían presentarse al no tratarse de una responsabilidad por riesgo y los efectos del baremo de tráfico (su incidencia y sus implicaciones a la hora de elaborar el baremo sanitario).

Con todo ello, y sin perjuicio de las objeciones que pueden plantearse, lo cierto es que a nuestro parecer un baremo específico sería un instrumento que, bien aplicado,

⁹⁴³ MOURE GONZALEZ, E. (2015). Págs. 675-678.

contribuiría a una mayor resolución extrajudicial de conflictos, disminuyendo la litigiosidad en este ámbito, al disponer Administración y particulares de un mismo elemento valorativo por el que regirse, pudiendo saber de antemano la posible indemnización correspondiente al caso concreto.

6.- LA INDEMNIZACIÓN MEDIANTE PENSIÓN O PAGOS PERIÓDICOS

Esta posibilidad, que supone una excepción a lo que viene siendo la forma normal de indemnización, está prevista expresamente tanto en la anterior Ley 30/1992, de 26 de Noviembre (art. 141.4), como en el Reglamento de 1993, y ahora en el art. 34 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre, señalando la posibilidad de sustituir la indemnización procedente por una compensación en especie o mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.

Si bien en la mayoría de los países europeos se prevé la posibilidad de indemnizar mediante una renta periódica (y así está contemplado en el PETL), lo cierto es que en la práctica diaria existe una larvada preferencia de realizar el pago por sumas alzadas, y ello se debe en gran medida al interés de las Compañías y Administraciones en cerrar los expedientes y al de los propios interesados que prefieren tener un pronto cobro de la indemnización. No obstante, van a ser los Tribunales los que finalmente decidan si se impone la indemnización por este sistema, incluso en contra de lo que hayan solicitado las partes (como es el caso de Alemania). En Inglaterra, en 1996 se facultó a los tribunales para que otorgaran indemnizaciones en todo o en parte mediante rentas periódicas, condicionando esa potestad a que existiera acuerdo entre las partes, lo que provocó que este sistema tuviera una escasa aplicación.

Lo cierto es que con esta opción, se consigue evitar indemnizar de una sola vez daños que resultan incuantificables, y que por su naturaleza hacen más adecuada su compensación en esta otra forma. Si bien la determinación por la Administración o por los Tribunales de la reparación en especie es algo inusual, sí se encuentran casos en los que se ha fijado la indemnización a través de pagos periódicos; especialmente en casos de personas que han quedado con graves paraplejias o en estado de coma vigil, cuya expectativa de vida y sus grandes necesidades exigen que la cantidad se prolongue durante su vida.⁹⁴⁴

⁹⁴⁴ Como ejemplo, la STS 27 de Abril de 2015 (*RECURSO CASACION* 2114/2013). En la instancia los recurrentes en casación sostuvieron, para integrar el concepto de funcionamiento anormal del servicio

7.- CONCLUSIONES

1. Superados los obstáculos históricos para indemnizar el daño moral, a pesar de su inconmensurabilidad, y en un marco de completa orfandad normativa, aún sigue siendo un difícil escollo su valoración, de forma que nos encontramos en un sistema heterogéneo donde reina la arbitrariedad. Ello tiene como evidente resultado una enorme disparidad en las sentencias que reconocen cuantías diferentes para casos similares. No existe consenso ni sobre el contenido del concepto del daño moral, ni sobre el método de valoración del mismo para su resarcimiento. En un marco de libre elección de la técnica indemnizatoria, unas indemnizaciones se fijan por baremo, otras discrecionalmente, y otras por precedentes, sin explicitarse por qué se escoge uno u otro método; por lo que nos encontramos en un escenario de caos y desconcierto.
2. Las dificultades que se presentan en la práctica para la reparación plena e integral del daño moral han llevado a que sea mayoritariamente asumido que más que una reparación, la indemnización trata de compensar el daño con el fin de atenuar o eliminar sensaciones dolorosas, proporcionando medios económicos para ello.
3. Ante la pregunta de si hay que indemnizar por el daño común o por el daño propio, quizás la respuesta más adecuada sería indemnizar con parámetros del daño común modulados por las circunstancias del daño propio. El problema que se plantea, realmente, es la necesidad de lograr un equilibrio entre un criterio subjetivo que tenga en consideración las circunstancias concretas del perjudicado y, por otro lado, una serie de criterios homogéneos en relación al daño común, que aporten seguridad jurídica y permitan reducir la litigiosidad. Sin embargo no resulta

sanitario, que debió acudir a la cesárea al romperse bolsa, que al obtener un pH normal hubo relajación en la actuación médica cuando debió irse ya a una cesárea por acidosis y sufrimiento fetal, sin que estuviese el feto monitorizado o por no conservarse los registros gráficos de la monitorización. En cuanto a la actuación de extracción del feto, alegaron que no consta que la ventosa se aplicara en III plano de Hodge y que el ginecólogo debió haber llevado a cabo una cesárea y no una ventosa complicada por la supuesta mala posición de la cabeza del feto. La STSJ Murcia desestima la pretensión, y en recurso de casación, el TS en cuanto a la pretensión indemnizatoria que los demandantes ejercen como representantes legales de su hija (1.036.931,75€), en consonancia con lo resuelto en casos análogos, opta por fijar una cantidad global y por todos los conceptos de 600.000€, cantidad en la que se entiende actualizada al momento presente (cf. artículo 141.3 de la Ley 30/1992) más una pensión vitalicia de 1.000€ mensuales a la vista de lo objetivo de la situación de dependencia de la menor por las secuelas sufridas, pero sin que haya prueba concluyente sobre la cuantía reclamada de 1.800€. Se establece también que tal pensión se actualizará cada 1 de enero según IPC o cualquier otro criterio de cálculo de seguido por el Instituto Nacional de Estadística. En lo que hace al resarcimiento, de su consideración se excluye a los demandantes en cuanto a los daños morales que reclaman para ellos mismos como padres de la niña y que cifran en 129.237 euros, si bien ante la Administración reclamaron 100.000 euros para cada uno. Tal exclusión se basa en que respecto de ellos era inadmisibile el recurso de casación, pues hay que estar al valor de la pretensión de cada demandante y por razón de la cuantía su interés casacional no era superior a 600.000€ (art. 86.2.b tras la reforma hecha por la Ley 37/2011, de 10 de octubre).

una tarea sencilla; primero, porque los Tribunales suelen fijar las indemnizaciones de forma global, sin desglosar las partidas o conceptos indemnizatorios, lo que no permite extraer criterios para su armonización y, además, porque al tratarse de una cuestión de hecho no revisable en casación, el TS no puede cumplir aquí su papel unificador de criterios judiciales.

4. La creciente incidencia del reconocimiento de los derechos de la persona conlleva que el juzgador tenga más en cuenta la gravedad de la conducta del causante que su consecuencia dañosa. El criterio equitativo conlleva un discernimiento del juez de mayor amplitud, lo que implica un mayor riesgo de realizar un juicio de culpabilidad y una condena represiva, cuando, realmente, la equidad habría de servir como elemento moderador.
5. El carácter orientativo del baremo de tráfico en el ámbito sanitario permite que el Tribunal pueda acogerse a él o no, de lo cual se obtiene una doble ventaja: por un lado, se procura la mayor objetividad al partir de parámetros preestablecidos, y al mismo tiempo permite adaptar dichas partidas a las peculiaridades del caso, haciendo uso de la libertad estimativa.
6. Si bien se apela a la equidad para la valoración y cuantificación a la hora de indemnizar el daño moral, ello obedece realmente a la imposibilidad cierta que existe de servirse o acudir a un criterio diferente, teniendo en cuenta la ausencia de valor de mercado del mismo y las controversias existentes en cuanto a la aplicación del baremo de tráfico a estos daños. Para este tipo de daño, que no tiene plena cabida en las tablas, su aplicación llega a forzar la norma obteniendo resultados incoherentes y poco razonables.
7. En materia de daños morales, el deber de motivación de las decisiones adquiere una mayor relevancia por la especial naturaleza de esta clase de perjuicios, siendo obligado justificar qué hechos lesivos constituyen la causa, qué partidas son las que se indemnizan, qué razonamientos han llevado a dar por ciertos los mismos y la justificación de la coherencia de la decisión final. Sin embargo, más que realizar tal motivación, los Tribunales vienen empleando meras fórmulas de estilo huecas y sin contenido alguno, lo que no permite conocer el razonamiento jurídico del sentido de la resolución final.
8. Hoy por hoy, puede afirmarse que el proyecto de un baremo específico en materia de daños sanitarios parece haber quedado abandonado, máxime cuando ya se ha positivizado el carácter orientativo del baremo de tráfico en materia sanitaria. Y, aunque el nuevo baremo dispone que servirá de referencia a un futuro baremo sanitario, no deja de ser una declaración de intenciones, que dependerá de los intereses normativos de cada momento político que sobrevenga. Eso sí, lo que ya

no tiene duda es que ambos baremos habrán de ser homogéneos, y la propia norma se ha encargado de dejarlo así previsto.

CONCLUSIONES FINALES

1. La responsabilidad sanitaria de la Administración, huérfana de la regulación específica de la que gozan otros sectores, funciona hoy desde una institución construida jurídicamente en el Siglo XIX. Esto supone un desfase abismal, al valorarse desde tales parámetros una medicina que ha evolucionado y que es propia del Siglo XXI en el que nos encontramos, poniendo en evidencia la necesidad de actualizar conceptos y mecanismos resarcitorios.
2. Una adecuada interpretación de los presupuestos técnico-jurídicos de la institución podría ser suficiente para evitar los excesos y abusos que la jurisprudencia ha prodigado con respecto a la cláusula de la objetividad en la responsabilidad patrimonial. Esta correcta interpretación no pasaría por reinterpretar o matizar dicho carácter objetivo, sino por depurar el concepto de daño antijurídico, respecto a lo que se propone una más estricta concepción del mismo. A este respecto, hemos observado que la Sala Tercera del Tribunal Supremo se muestra ambigua a la hora de aclarar si en materia sanitaria la responsabilidad surge sólo, o por regla general, ante un funcionamiento anormal del servicio sanitario o por el contrario ha de determinarse en virtud de esa configuración objetiva. En la mayoría de las sentencias, sobre todo en los casos estimatorios, se reitera que es doctrina consolidada la que entiende que la responsabilidad es objetiva o por resultado y, sin embargo, sobre todo cuando se trata de desestimar, el Tribunal defiende que sólo existe esa responsabilidad cuando se ha vulnerado la *lex artis*, es decir ante una actuación que no ha sido correcta. Sólo en algún supuesto aislado en el que el Tribunal tiene una clara voluntad de indemnizar, aunque la praxis haya sido correcta, resuelve acogiendo al carácter objetivo del daño.
3. Del análisis de las sentencias dictadas en responsabilidad patrimonial, hemos advertido que las exigencias sobre los requisitos del nexo de causalidad se relajan cuando lo que el Tribunal tiene delante son causas de muerte y lesiones físicas. En estos supuestos, frecuentemente, percibimos que es el sentido piadoso del juzgador el que lleva a forzar los argumentos favorables al reconocimiento de una indemnización. Tal laxitud es aún mayor en el daño moral por su propia naturaleza, al escaparse de la exigencia estricta sobre su realidad y traducción económica.
4. La imputación objetiva -también llamada "causalidad jurídica"- se predica como técnica de ponderación de los distintos riesgos que concurren en la actividad sanitaria, permitiendo limitar los amplios efectos de la causalidad fáctica y adaptar sus consecuencias a la sensibilidad jurídica del momento. Por estas razones

entendemos de gran utilidad el uso de dicha técnica, especialmente en casos de omisión, respecto a los cuales son mayores las dificultades de establecer la relación causal fáctica. Eso sí, con moderación, pues un exceso en su uso conllevaría la posibilidad de poder imputar a la Administración todo tipo de sucesos a pesar de su falta de responsabilidad.

5. Según parece desprenderse de numerosas sentencias, lo que determina la condición de “perjudicado” no es la existencia de un efectivo daño moral o una legitimación técnicamente impecable desde el punto de vista jurídico, sino la situación de especial protección que necesitan determinadas personas. Hemos advertido, así, que cuando el Tribunal tiene la voluntad de indemnizar en un caso concreto ante una situación de desgracia familiar, busca los títulos legitimadores para ello, aunque no hayan sido invocados por los reclamantes, dándole a la solicitud la “vestidura jurídica” más apropiada según el caso.
6. Los términos en los que se plantea la solicitud de responsabilidad patrimonial van a condicionar no sólo el reconocimiento o no de la legitimación de los reclamantes, sino el nivel de prueba que se exige con respecto al daño que se aduce, distinguiéndose los casos en los que se aplica la presunción con respecto al daño moral de los que no.
7. La jurisprudencia parece mostrar una tendencia sumamente expansiva en la apreciación del daño moral, resultando cada vez más habitual su reconocimiento, a pesar de ser tan difuso para la percepción jurídica, por el mero hecho de ser de general acaecimiento y entenderse lógicas y comunes reacciones de las personas ante determinados sucesos. El daño moral representa, por tanto, un concepto “comodín” que da cabida a todo tipo de supuestos, siendo difícil llegar a una definición certera si no es a través de su adjetivación. Se ha calificado como “falacia”, “concepto comodín”, “cajón de sastre”, “borrosa y vaporosa figura”, “concepto polimorfo”, “materia entregada al arbitrio”, “daño discutible”, e incluso se ha comparado con la “plastilina” por su moldeabilidad, rasgos todos ellos que nos dan idea de su ambigüedad y versatilidad.
8. La dificultad de prueba intrínseca al daño moral conlleva que se dé por suficiente en muchos casos la mera exposición o exteriorización de la realidad dañosa, pudiendo apoyarse incluso en estadísticas o datos sociológicos.
9. La pérdida de oportunidad se ha convertido en la doctrina mayoritariamente empleada en la configuración de la responsabilidad patrimonial, ya que, al ser una figura que nace desde la incertidumbre causal encuentra pleno encaje en el ámbito médico donde la falta de certeza es consustancial. Su alarmante crecimiento y su uso manido ha llevado incluso a constituir un daño en sí mismo, como pérdida de una posibilidad legítima o de una frustración curativa o paliativa, o bien

equiparándose con la incertidumbre como sensación anímica. A nuestro juicio, resulta impropia dicha equivalencia, pues una cosa es la pérdida de oportunidad entendida como teoría para establecer técnicamente una relación de causalidad, y otra el daño moral constituido por la sensación de incertidumbre que ocasiona el no saber que habría ocurrido de ser otra la actuación sanitaria recibida. Por ello, nuestra propuesta defiende no mezclar ambos conceptos, y que cuando se aplique la citada doctrina sea para cumplir su verdadera finalidad.

10. La pérdida de oportunidad no sólo se utiliza para paliar problemas de incertidumbre causal sino también para determinar la antijuricidad del daño. Así hemos comprobado que se aprecia pérdida de oportunidad cuando quiebra la *lex artis*, pero también en casos de que exista una alternativa diferente. Realmente, aunque es cierto que podría estimarse que el paciente pierde una oportunidad cuando no se ha empleado una opción posiblemente beneficiosa para él, con esta fundamentación, se abre la puerta a la indemnización de supuestos en los que la actuación no ha sido incorrecta (no ha existido mala praxis), pero sí cabían otras alternativas. Y ello no deja de parecernos peligroso, si tenemos en cuenta que, ante un mismo caso, a veces son varias las opciones clínicas posibles para poder afrontarlo, siendo todas correctas *a priori*. Con ello, en nuestra opinión, se lleva la responsabilidad más allá de su objetivación, pues no se indemniza por funcionamiento anormal, sino por un funcionamiento normal comparado con un parámetro de idealidad que, además, se conoce una vez que ya ha acontecido o se sabe el resultado, yendo hacia atrás en la reconstrucción del proceso clínico. A nuestro juicio, esta interpretación abre un escollo en la aplicación de la teoría de la Pérdida de Oportunidad, pues llevado así a término, supone la indemnización de toda actuación que, sin estar mal realizada, es mejorable. Esto implica medir la labor médica con un rasero que a veces es utópico e irreal, al no ponerse en relación con la práctica clínica diaria de los hospitales y centros sanitarios públicos, y además con una visión *a posteriori*, que pasa por alto la prohibición de regreso a la hora de enjuiciar los hechos. Ello nos lleva a defender la necesidad de aplicar mayor cautela y criterios más restrictivos a la hora de hacer uso de esta doctrina; máxime teniendo en cuenta que, aunque sea una cuestión de calidad asistencial a mejorar, el enjuiciamiento ha de situarse en el contexto de la sanidad del momento, con los medios reales que cuenta y las prácticas clínicas que son habituales.
11. No toda pérdida de oportunidad es relevante jurídicamente. Y así, para que esta doctrina surta efectos jurídicos, consideramos necesaria la existencia de un nivel mínimo de certeza de que se han frustrado o privado posibilidades, y un nivel máximo en cuanto a la realidad del hecho lesivo. Cualquier posibilidad por debajo

o por encima de esos límites incidiría de tal manera en la relación causal, que estaríamos ante la inexistencia de la misma (cuando la probabilidad es escasa) o ante un nexo causal cierto (cuando la probabilidad es alta), sin necesidad de acudir a esta doctrina. Sin embargo, hemos advertido que la voluntad de indemnizar algunos supuestos se abre paso cuando, a pesar de reconocer una probabilidad mínima, se establece una consecuencia indemnizatoria; de esa manera, se lleva la responsabilidad al terreno de la incertidumbre, poniendo en serio peligro la institución.

12. Siendo innegable el deber de informar y de recabar el consentimiento informado, consideramos conveniente restringir o al menos condicionar adecuadamente la posibilidad de obtener, por la vía de su falta, aquella indemnización que no se habría obtenido si se tratase de valorar la corrección de la asistencia sanitaria y la acomodación de ésta a la *lex artis*. En nuestra opinión, debería tratar de evitarse que el examen de si se ha ofrecido la información correspondiente y se ha obtenido el consentimiento del paciente, se realice en aquellos supuestos en que, a través del análisis de la praxis médica en comparación con la *lex artis*, no se consigue una indemnización. La realidad nos muestra que muchas de las reclamaciones que alegan defectos o falta de información son casos en los que la actuación médica ha sido correcta y que el empleo de ese reproche tiene lugar cuando no se dispone de argumentos suficientes para generar el derecho a obtener una indemnización en relación a la práctica médica.
13. A nuestro juicio, la infracción del deber de informar no es *per se* ninguna causa o título suficiente para que entre en juego el mecanismo indemnizatorio, pues por más que se pretenda una justicia vindicativa más que reparadora, no podrá derivar en indemnización si tal infracción no ha generado un daño antijurídico. No parece lógico que si no se indemniza por infracción de *lex artis* en la práctica médica cuando no hay un resultado dañoso, sí se indemnice en cambio por la infracción del consentimiento informado cuando no hay daño alguno o la praxis clínica ha sido correcta. Con ello se evidenciaría un uso punitivo de la indemnización que no es propio de la responsabilidad patrimonial, y que por ello no quiso ser incorporado al texto de la Ley de Autonomía del Paciente cuando fue elaborada.
14. La mayor amplitud del Derecho, frente a los modernos valores sociales que imponen un mayor reconocimiento del daño moral, se contraponen con el hecho de que aún siga siendo un escollo la dificultad de valorarlo. Ello explica que sean tan heterogéneas las respuestas indemnizatorias que se dan ante un daño moral. Observamos que sigue habiendo grandes diferencias entre supuestos de hecho similares, una marcada tendencia a la consideración global de los presupuestos que concurren sin pormenorizar su motivación, así como una falta de

determinación en los sujetos que son concretos titulares de la indemnización y en la cuantía que a cada uno le corresponde. No existe consenso ni sobre el contenido del concepto del daño moral, ni sobre el método de valoración del mismo para su resarcimiento, sin que se expliciten en muchos casos qué razones llevan a una opción u otra (unas lo valoran por baremo, otras discrecionalmente, otras por precedentes...).

15. Resultando ya indudable la utilidad del baremo de tráfico a la hora de cuantificar las indemnizaciones y su aplicación a otros sectores diferentes, es cierto que muchos de los supuestos que se plantean en el ámbito sanitario no tienen cabida en sus tablas. Hemos de tener en cuenta, además, que en éste no se parte de la plena salud del perjudicado, pues el accidentado en tráfico no tiene en principio ninguna patología previa que sí tiene el ciudadano que acude a un servicio sanitario para ser diagnosticado o tratado. Entendemos, por ello, que un baremo sanitario específico sería un instrumento que, bien aplicado, contribuiría a una mayor resolución extrajudicial de conflictos, disminuyendo la litigiosidad en este ámbito, al disponer Administración y particulares de un mismo elemento valorativo por el que regirse, pudiendo saber de antemano la posible indemnización correspondiente al caso concreto.
16. Ante la pregunta de si hay que indemnizar por el daño común o por el daño propio, consideramos que la respuesta más adecuada sería indemnizar con parámetros del daño común, modulados por las circunstancias del daño propio. El problema que se plantea realmente es, por un lado, la necesidad de lograr un equilibrio entre un criterio subjetivo que tenga en consideración las circunstancias propias del perjudicado, y por otro una serie de criterios homogéneos en relación al daño común, que aporten seguridad jurídica y permitan reducir la litigiosidad. Sin embargo no resulta una tarea sencilla; primero, porque los Tribunales suelen fijar las indemnizaciones de forma global, sin desglosar las partidas o conceptos indemnizatorios, lo que no permite extraer criterios para su armonización; y, además, porque al tratarse de una cuestión de hecho no revisable en casación, el TS no puede cumplir aquí su papel unificador de criterios judiciales.
17. Finalmente, y a modo de cierre, podríamos concluir que son tres los grandes hallazgos que se han revelado en la investigación realizada:

Primero.- En cuanto a las razones del fenómeno de sobredimensionamiento del daño moral.

Con el reconocimiento progresivo del daño moral, observamos una revalorización del concepto de persona dentro del sistema jurídico,

reconociendo y dando valor a sus sentimientos, emociones, intereses, angustias y a su propio cuerpo. Este fenómeno, a nuestro modo de ver, responde a la transformación del Derecho hacia una visión más ampliada del ser humano en toda su integridad, que surge en el marco de distintos procesos sociales y económicos, de los que han emanado nuevos valores que exigen respuestas jurídicas más actuales.

Con respecto al ámbito sanitario en particular, hemos advertido que se ha puesto de manifiesto una mayor empatización y relevancia del ser humano (ya sea el paciente o sus familiares), que ha determinado que se tengan en consideración sus sentimientos, emociones y pesares que antes pasaban inadvertidos jurídicamente, y se dé un mayor respeto a la autonomía de su voluntad.

Por otro lado, apreciamos como en el daño moral los tribunales han encontrado tanto un cajón de sastre que les permite incorporar al concepto de daño nuevos resultados lesivos que la sociedad considera relevantes, como una herramienta cómoda que les permite hacer justicia con mayor margen de arbitrio y menor control, para indemnizar daños patrimoniales difícilmente cuantificables, daños corporales de difícil acreditación, o incluso para castigar ciertas conductas represibles a juicio de los Tribunales o constituir obligaciones que entienden exigibles a los Servicios Sanitarios.

Segundo.- Necesidad de racionalizar el uso del daño moral para proteger el verdadero carácter de este concepto.

Comprobado que el daño moral resulta ser un concepto estrechamente ligado al sentir de la sociedad de cada momento, para cuyo reconocimiento los juzgadores realizan un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido; podemos sostener que constituye el concepto indemnizatorio más vivo y abierto en el Derecho de Daños, ya que permite adaptar el fenómeno indemnizatorio a los valores de la sociedad en cada momento, para así satisfacer las necesidades de justicia de su tiempo. Este papel, a nuestro juicio, lo convierte en un elemento necesario para nuestro Sistema Jurídico al proporcionar una flexibilidad que creemos beneficiosa. Sin embargo, y si bien reconocemos que la expansión en la aplicación del daño moral constituye una señal de progreso de nuestro Derecho, consideramos que, de continuar generalizándose su

utilización, perderá su verdadero sentido y su importante función, por lo que defendemos la necesidad de imponer racionalidad en su uso. Para ello, aportamos en este trabajo diversos criterios que entendemos servirían a tal fin:

1. Tanto en su invocación como en su reconocimiento, habría de ser necesario que se explicita el contenido del daño moral, para evitar así que se dé valor a un concepto vago y hueco.
2. Sin perjuicio de reconocer la dificultad probatoria intrínseca al daño moral, creemos conveniente que deba acreditarse la realidad que le sirve de soporte, salvo situaciones de notoriedad.
3. Habría de distinguirse entre daño y dolor, pues al no significar lo mismo no pueden tener la misma respuesta jurídica (hay daños que no se sienten, y dolores que no son daño). Para que el dolor sea jurídicamente relevante, no sólo ha de estar invocado por alguien que ostente la necesaria legitimación, sino que deberá reunir los presupuestos exigibles para ser considerado daño antijurídico.
4. El daño moral habría de reconocerse ante la gravedad de una situación, como reacción especial del Ordenamiento, excluyéndose las meras molestias que se sufren como paciente y/o usuario del Servicio Público Sanitario.
5. Para que el sistema de responsabilidad patrimonial sea sostenible, consideramos que es preciso limitar la legitimación activa en casos de daño moral indirecto, pues no es posible materialmente que todas las personas familiares o allegadas puedan recibir una respuesta indemnizatoria. A este respecto, defendemos la necesidad de mantener un orden de preferencia excluyente, siguiendo un orden lógico de afinidad, que prime a quien haya sufrido de forma más palmaria y directa.
6. Con respecto al Consentimiento Informado, en nuestra opinión, únicamente podría constituir daño moral indemnizable la ausencia injustificada del mismo que resulte relevante para la toma de decisiones del enfermo, por su incidencia en la aceptación o rechazo del acto médico,
7. Consideramos que existe la necesidad imperiosa de que los Tribunales motiven sus pronunciamientos sobre daño moral y expliquen, tanto lo que consideran constituye tal daño, como por qué se reconoce o se deniega y de qué forma se indemniza; pues

sólo así, será posible parametrizar el uso del daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria.

Tercero.- A través del estudio de la doctrina, jurisprudencia y la dogmática de la materia, hemos advertido una dialéctica permanente e inacabable sobre si el daño moral debe regirse por un baremo/tablas, o por el contrario ha de quedar reservado al arbitrio judicial.

El abordaje del daño moral pone de manifiesto la controversia entre aquella postura que defiende su regulación mediante reglas escritas (ordenación normativa de sus supuestos y presupuestos jurídicos, y tabulación de su indemnización), y la que postula que se trata de una materia no regulable, que ha de regirse por principios generales que faciliten la labor equitativa de los tribunales.

Los Tribunales parecen estar deseosos de poder utilizar tablas, guías, baremos, reglas, sistematizaciones, o algún tipo de instrumento normativo; pero cuando han podido contar con alguno, han comprobado que se quedaba corto por la dificultad o imposibilidad de ceñir el daño moral de esa forma. Ante esta dicotomía, nuestra propuesta es partidaria de ambos sistemas, haciendo uso conjunto de lo mejor que ofrece cada fórmula: una regulación homogeneizadora de criterios básicos que garanticen una mínima objetividad, y la ponderación razonada y motivada de las circunstancias particulares de cada caso mediante el arbitrio de los juzgadores, que asegure la aplicación de justicia al supuesto concreto. Consideramos que este enjuiciamiento lejos de ser arbitrario, gozaría de objetividad, si se cumpliera con el deber de motivación explicando el porqué de la decisión y el proceso intelectual que la precede. De esta forma entendemos se lograría una misma respuesta jurídica para casos homogéneos y una respuesta diferente ante casos diferentes, garantizando la ecuanimidad y objetividad de la decisión judicial.

BIBLIOGRAFÍA CITADA Y CONSULTADA

ALISTE SANTOS, T. (2007) “El favor nascituri y su aplicación por el Juez ante las demandas de wrongful life y wrongful birth” En *Práctica de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* núm. 49, 2007. Págs. 5-17.

ALVAREZ VIGARAY, RAFAEL (1966) “La Responsabilidad por daño moral” en *Revista Actualidad Derecho Civil (ADC)*. Págs. 81 a 116.

ANGEL YAGÜEZ, RICARDO DE:

- (2002) “Consentimiento Informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño” en *82º Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. Granada 14 de noviembre de 2002.
- (1999). *Responsabilidad civil por actos médicos, problemas de prueba*. Madrid: Editorial Civitas.
- (1996) “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)” en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 4. Págs. 105-117.
- (1995) *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Madrid. Editorial Civitas.
- (1993) *Tratado de Responsabilidad Civil*. Madrid. Editorial Civitas.

ASENSI PALLARÉS, E. y CID-LUNA CLARES, I.

- (2015) “Otros límites legales al ejercicio de la acción directa en seguros de responsabilidad de Administraciones Públicas” en *Revista Española de Seguros*. Número. 163-164 (Julio-Diciembre 2015). Págs. 629 a 639.
- (2013) “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. Nº 8/2013. Págs. 228 a 239. <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>

ASÚA GONZALEZ, CLARA ISABEL:

- (2014) “Responsabilidad Civil Médica” en REGLERO CAMPOS, L.F. y BUSTO LAGO, J.M. (Coord), *Tratado de responsabilidad civil*, Vol. II, 5ª Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor.

- (2008) “Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria” en *Cuadernos de Aranzadi Civil*. Núm. 31/2008, parte estudios. Editorial Aranzadi, S.A.
- (2002) “Responsabilidad Civil Médica” en *Tratado de Responsabilidad Civil*, L. FERNANDO REGLERO CAMPOS (coordinador). Madrid, Editorial Aranzadi, 2002.

ATAEZ LOPEZ, JOAQUIN (1985). *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid: Editorial Montecorvo, S.A.

BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO:

- (2008). “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris” en *Revista Chilena de Derecho*. (vol. 35, nº 1). Págs. 85-106.
- (2007) *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*. Ratio Legis. Salamanca.

BAUZA MARTORELL, FELIO JOSE (2014): “ Algunas precisiones sobre el elemento subjetivo en la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria” en *Revista española de la Función Consultiva*. Núm. 22. Julio-Diciembre. Págs. 59-70.

BELADÍEZ ROJO, MARGARITA (1997) “*Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*”. Madrid, Ed. Tecnos.

BELLO JANEIRO, D. (Mayo 2009): “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración” en *Segundas Jornadas Australes de Derecho Civil*. Patagonia, Argentina. Disponible en internet: http://www.aidp.com.ar/?page_id=11

BREBBIA, ROBERTO H. (1967) “El daño moral: doctrina, legislación, jurisprudencia, precedida de una teoría jurídica del daño”. Editorial ORBIR (Buenos Aires).

CAVANILLAS MUGICA, S. (2006) “La motivación judicial de la indemnización por daño moral” en *Revista Derecho Privado y Constitución*. Págs. 153-172.

CANO CAMPOS, T. (2013) “La Transmisión Mortis Causa del derecho a ser indemnizado por los daños no patrimoniales causados por la Administración” en *Revista de Administración Pública*. Núm. 191. Mayo-Agosto (2013). Págs. 113-157.

CASADO ANDRÉS, BLANCA (2015) “El concepto del daño moral bajo el prisma de la jurisprudencia” en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. Mayo, 2015. Págs. 1-23.

CASTÁN MARTINEZ, L.M. (2003). “Doctrina de los riesgos del progreso o derivados del avance técnico. Artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre” en *Anales de la Abogacía General del Estado*. Núm. 2001, Enero 2003.

CERDA OLMEDO, M. (1973) “Responsabilidad por daños futuros” en *Anuario de Derecho Civil (BOE)*. Págs. 623-647. Disponible en internet: www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1985-30062300648 *ANUARIO DE D...*

CORBELLA I DUCH, J. (2015): “Responsabilidad por deficiente organización asistencial. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 29/9/2014” en *XXII Congreso Nacional de Derecho Sanitario*.

CÓRDOBA CASTROVERDE, D. (2012). “La pérdida de oportunidad como elemento generador de responsabilidad patrimonial en la jurisprudencia” en *El Derecho, Revista de Jurisprudencia*. Núm. 1 (Mayo 2012). Disponible en internet: <http://revistas.elderecho.com/revistas/revistadejurisprudencia>

DAGNINO GUERRA, A. (2002): “La responsabilidad patrimonial del Estado y de las Administraciones Públicas: evolución legislativa y perspectivas constitucionales” en *La responsabilidad Patrimonial del Estado I*. Boletín del I.C.A.M. Núm. 23 (nov. 2002). Págs. 11-58.

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO (1972). *Temas de Derecho Civil* (Madrid) Gráf. Marisal.

DIAZ-REGAÑÓN GARCIA-ALCALÁ, C. (2003). “Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria”. En *Revista InDret* (1/100). Disponible en internet: <https://www.indret.com>

DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, GEMMA (1998) “La imposibilidad de abortar, un supuesto más de responsabilidad civil” en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-168, tomo 3, versión *on line*.

DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.:

- (2009) “En torno al daño moral” en *Segundas Jornadas Australes de Derecho Civil*. Patagonia, Argentina. Disponible en internet: <http://www.aidp.com.ar/wp-content/uploads/2012/09/dmoral.doc>
- (2008) *El escándalo del daño moral*. THONSON CIVITAS CUADERNOS CIVITAS. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, S.A. 102 pp.
- (1999) *Derecho de Daños*. Madrid. Editorial Civitas.

DOMENECH PASCUAL, G.:

- (2015) “La cuantificación de los daños morales causados por las Administraciones Públicas” en *El daño Moral y su Cuantificación*. Editorial BOSCH. Págs. 569 a 614.
- (2012) “Ni más ni menos. El principio de indemnidad y sus excepciones” en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 156. Octubre-Diciembre 2012 (págs. 59 a 86)
- (2010) “El principio de responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos” en SANTAMARIA PASTOR, J.A. *Los principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La Ley (Madrid) Págs. 663-697.
- (2008) “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio” en *REVISTA INDRET. Revista para el Análisis del Derecho* (Barcelona, Abril 2008). Disponible en internet: www.INDRET.com

DOMÍNGUEZ LOPEZ, E. (2003). “El daño moral. Intento de concretización de un concepto” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (nº 7). Págs. 263-270.

DOMÍNGUEZ, C. (2000) *El daño Moral*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile

ESTÉVEZ PENDÁS, RAFAEL (2011). “La valoración de los daños” en *Revista Española de la Función Consultiva* (núm. 16 julio-diciembre). Págs. 29-36.

FERNÁNDEZ COSTALES, J. (2013) “Diferentes perspectivas de la responsabilidad de la Administración por la presentación de asistencia sanitaria en un contexto de crisis económica” en *Revista Española de la Función Consultiva* nº 20 (Julio-Diciembre 2013).

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. (2004) “Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La lex artis. Criterios jurisprudenciales” en *Revista Jurídica de Castilla y León* núm. 3 (mayo 2004). Págs. 155 y ss.

FERRER VICENTE, JOSE M^a. (2004). *La cuestión de los daños morales*. Valencia: Ediciones Revista General del Derecho.

FONSECA FERRANDIS, FERNANDO (2015). Mesa Redonda en *Foro Sanidad y Derecho*, sobre “La Pérdida de Oportunidad Terapéutica. La Valoración del Daño” (9 de Abril de 2015). Hospital U. La Paz de Madrid.

GALÁN CORTÉS, J.C.:

- (2008) “Comentario a la sentencia de 6 de Julio de 2007” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 76, 2008. Págs. 279-284
- (2001) “Responsabilidad médica y consentimiento informado”, Civitas. Madrid.
- (1999) “La responsabilidad médica y el consentimiento informado” en *Revista Médica Uruguay*. 1999. Vol. 15. N^o 1. Abril. Págs. 5 a 12.
- (1998) “La acción de wrongful birth en nuestra jurisprudencia” en *Revista española de medicina legal*. Vol. XII, N^o 84-85 Págs. 10-14.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN. (1998) *Curso de Derecho Administrativo II*. (5^a Edición). Madrid: Editorial Civitas

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (2007) *Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Civitas Ediciones.

GARCÍA LÓPEZ, R. (1990) *Responsabilidad Civil por daño moral. Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Bosch.

GARCÍA SERRANO, FCO. DE ASÍS (1972) “El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil” en *Anuario de Derecho Civil*. Madrid. Vol. 25, n.º3. Págs. 799-851.

GARRIDO FALLA, F. y FERNANDEZ PASTRANA, J.M. (1993) *Régimen jurídico y procedimiento administraciones públicas: un estudio de la Ley 30/1992*. CIVITAS EDICIONES, S.L.

GÁZQUEZ SERRANO, LAURA (2014) “Valoración del daño por fallecimiento: problemas de legitimación activa y perjudicados por el fallecimiento” en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. Revista núm. 52 (4º Trimestre).

GÓMEZ CALLE, ESTHER (1997) “El fundamento de la responsabilidad en el ámbito médico-sanitario” en *Anuario De Derecho Civil*. Disponible en internet: www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1998-40169301768_ANUARIO_DE_D...

GÓMEZ POMAR, FERNANDO (2000). “Daño moral” en *Revista InDret* (1/100)

GONZÁLEZ CARRASCO, MC. (2009):

- “Resarcimiento por daños morales derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha” en *Revista Jurídica de Castilla La Mancha* (Diciembre 2009).
- “Responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria en la doctrina del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha”. Monográfico de la *Revista Jurídica de Castilla La Mancha* (Diciembre 2009).

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A (2006): “La pérdida de Oportunidad en el cáncer de ovario: diagnóstico y seguimiento” en *La Pérdida de Oportunidad en las reclamaciones y sentencias de responsabilidad patrimonial. Aspectos Médicos, Jurídicos y Jurisprudenciales*. INSTITUTO NACIONAL DE GESTION SANITARIA (INGESA). Coordinador de la Edición MARTÍNEZ LÓPEZ, FRANCISCO J. Madrid.

GUERRERO ZAPLANA, JOSÉ:

- (2013) Intervención en el Taller de trabajo organizado por A.M.A. dentro del XX Congreso Nacional de Derecho Sanitario, celebrado en Madrid desde el día 17 al 19 de Octubre de 2013.
- (2006) *El daño moral indemnizable. Perspectiva Jurídica*. En “Las Reclamaciones por Defectuosa Asistencia Sanitaria”. (5ª Edición) Valladolid: Editorial Lex Nova. Disponible en internet: [www.aeds.org/Comunicaciones Libres/Nueva carpeta/Jose querrero.pdf](http://www.aeds.org/Comunicaciones_Libres/Nueva_carpeta/Jose_querrero.pdf)
- Ponencia en el Curso: daños a la integridad personal por acciones del personal facultativo: sus incidencias en los distintos órdenes jurisdiccionales. Disponible en internet:

www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Responsabilidad_patrimonial_de_la_Administración

- “Actualización y puesta al día en responsabilidad patrimonial. La responsabilidad por daños futuros”. Disponible en internet: www.aeds.org/docs/jgz.doc
- (2004) *El Consentimiento Informado. Su valoración en la jurisprudencia.* (1ª Edición) Valladolid: Lex Nova. 283 páginas.
- (2003) *Las Reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria.* (3ª Edición). Valladolid: Lex Nova.
- (2000) “La responsabilidad patrimonial de la Administración. Especial referencia a la Administración sanitaria” en *La Ley* (2000-7)

HERNÁNDEZ CLAVERÍE, C. (2011). “Algunas cuestiones problemáticas sobre la legitimación en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial” en *Revista Española de la Función Consultiva* (núm. 16 julio-diciembre). Págs. 93-96.

HUERTA GARICANO, I. (2011) “La indemnización por defectos en la prestación del consentimiento informado” en *Revista Española de la Función Consultiva* (núm. 16 julio-diciembre). Págs. 151-158.

INSTITUTO NACIONAL DE GESTIÓN SANITARIA (INGESA). Coordinador de la Edición MARTÍNEZ LÓPEZ, FRANCISCO J. (2006). *La Pérdida de Oportunidad en las reclamaciones y sentencias de responsabilidad patrimonial. Aspectos Médicos, Jurídicos y Jurisprudenciales.* Madrid.

LAMA AYMÁ, A., DE: (2010) “La muerte de un familiar en accidente de tráfico: cuestiones controvertidas con ocasión de la STS de 1 de Abril de 2009” en *Revista INDRET Revista para el análisis del Derecho.*

LÓPEZ CANDELA, J. E. (2008): “El ámbito objetivo de la responsabilidad de la Administración y Funcionamiento Normal con especial mención al servicio sanitario” en *Revista Jurídica de Castilla y León* nº 15 (Mayo 2008).

LÓPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J. (2011). “El daño moral y su valoración” en *Revista de La Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.* Núm. 38. Segundo Trimestre. Año 2011.

LÓPEZ MENUDO, F. (1990) “Consumidores y usuarios de servicios públicos y responsabilidad de la administración” en obra colectiva *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*. Madrid. Instituto Nacional de Consumo.

LUNA YERGA, A., RAMOS GONZALEZ, S. Y MARÍN GARCÍA, I. (2006). “Guía de Baremos. Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación aérea y por prisión indebida” en *Revista INDRET. Revista para el análisis del derecho* (Barcelona, Julio de 2006). Disponible en internet: <http://www.indret.com>

LUNA YERGA, A.; RAMOS GONZALEZ, S. Y SEUBA TORREBLANCA, J.C.: (2002) “Falsos Positivos. La Responsabilidad Civil derivada del diagnóstico erróneo de enfermedades” en *INDRET. REVISTA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO* (Barcelona, Julio de 2002). Disponible en internet: <http://www.indret.com>

LUNA YERGA, A.:

- (2005) “Oportunidades Perdidas” en *INDRET. REVISTA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO* (Indret 02/05) [www.indret.com]
- (2003) “Una rodilla por otra” (2003) en *INDRET. REVISTA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO* (Indret) [www.indret.com]

LLAMAS POMBO, E., “Un buen ejemplo de responsabilidad por wrongful birth. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª) de 25 de enero de 2005”, en *Revista Práctica de Derecho de Daños*, nº 32, sección editorial, noviembre de 2005, versión *on line*, págs. 2 y 3.

MACÍA MORILLO, A.

- (2011) “El tratamiento de las acciones de wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo” en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 23, 2011. Págs 83-98
- (2009) “Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por *wrongful birth*. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 24 de Octubre de 2008” en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, nº 18. Págs. 189-2010.
- (2006) “Una visión general de las acciones de responsabilidad por *Wrongful Birth* y *Wrongful Life* y de su tratamiento en nuestro Ordenamiento Jurídico” en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma (AFDUAM)* 10/2006

- (2005) *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. Tirant Lo Blanch-Monografías nº 363. Valencia, 2005.

MACÍAS CASTILLO, A. (2004): *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*. Madrid. LA LEY.

MARTÍN CASALS, MIQUEL (2004) "Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth) Comentario a la STS 1ª 18.12.2003" en *INDRET.REVISTA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO*.

MARTÍN CASALS, M. Y SOLÉ FELIÚ:

- (2007) " Comentario a la Sentencia de 18 de Mayo de 2006" en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, num. 73, Enero-Abril 2007, Págs. 517-542
- (2002)"Comentario a la Sentencia del TS de 7 de junio de 2002" en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Vol.60, Cizur Menor: Aranzadi. Págs.1097-1121.

MARTÍN MORENO, J.L. (2007): "Función Consultiva en los procedimientos de creación del Derecho.- Pérdida De Oportunidad y Daño Moral" en *Revista Española de la Función Consultiva*. Núm. 7 (enero-junio). Págs. 99-111.

MARTÍN REBOLLO, L.:

- (2000) "Ayer y Hoy de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones" en *Revista Administración Pública* (Núm. 150). Págs. 273-316. Versión escrita de la conferencia impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, el 16 de noviembre de 1999, dentro del ciclo organizado por el Anuario de la Facultad. AFDUAM 4 (2000).
- (1994) "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica" en *Revista Documentación Administrativa* (237-238, Enero-junio 1994).

MARTÍN DEL PESO, R. (2013). "El daño moral: determinación y cuantía, algunos aspectos de su problemática jurisprudencial" en *Derecho de Daños 201*, Herrador Guardia, Mariano José dir. (1ª Edición). Navarra, Cizur Menor. Thomson Reuters Aranzadi. Págs. 297-343.

MARTÍNEZ PERELLÓ, A. (2014) “El Consentimiento Informado. Especial referencia a la normativa y jurisprudencia balear” en REVISTA JURIDICA DE LAS ISLAS BALEARES (2014), Núm. 12. 17/06/2014. Disponible en internet: <http://revistajuridicaib.icaib.org/el-consentimiento-informado-especial-referencia-a-la-normativa-y-jurisprudencia-balear-2/>

MAYOR GÓMEZ, R. (2015): “Los daños morales en la responsabilidad patrimonial sanitaria: análisis jurídico y práctico de las cuestiones más problemáticas” en GABILEX (Nº2) Junio 2015. Págs. 7-34.

MEDINA ALCOZ, L.:

- (2012) “La Teoría de la Pérdida de Oportunidad” en *Revista Española de la Función Consultiva* (núm. 16 julio-diciembre). Págs. 97-112.
- (2009) “La Doctrina de la Pérdida de Oportunidad en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Reflexiones Críticas” en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*. Núm. 47. Diciembre 2009.
- (2009Bis) “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual y extracontractual; la doctrina de la pérdida de oportunidades” en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. Núm. 30.

MEDINA CRESPO, M.:

- (2012). “Los Daños: Tipología y Valoración” en *Revista Española de la Función Consultiva* (núm. 16, julio-diciembre). Págs. 17-27.
- (2007) “Bases concretas para una reforma conservadora del sistema legal valorativo” en *Revista Española de Seguros*, nº 131. Págs. 271-296.
- (2001) “El resarcimiento del Perjuicio Estético. Consideraciones doctrinales y legales a la luz del sistema de la Ley 30/1995. Ponencia en II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro. Córdoba, España; 2001. Disponible en internet: <http://civil.udg.edu/cordoba/pon/medina.htm>
- (2003) “El resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte. Luces y sombras del sistema valorativo, diez años después; y, sobre todo, el indefectible porvenir” en Congreso sobre Responsabilidad Civil. Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Disponible en internet:

www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/5congreso/ponencias/marianoMedinaLucroCesante.pdf

- (1999) *La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado*. Tomo IV, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.
- (2011) “La ambigüedad de la jurisprudencia civil sobre la reparación íntegra y vertebrada” en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. - Granada: Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Número 40 - 2011 , Págs. 25-42.

MENÉNDEZ REXACH, A. (2008): “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad” en *Revista Administración Sanitaria*. Págs. 269-296.

MIR PUIGPELAT, O.:

- (2008) “Responsabilidad objetiva vs. Funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 140. Págs. 629-652.
- (2003) “La Jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: Una polémica que no cesa”, en *Revista InDret* 3/2003. Págs. 1-29. Disponible en internet: http://www.ub.edu/dadmin/OriolMir/Publicacions/Mir_Jurisdiccion_responsabilidad.pdf
- (2002) *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo Sistema*. (1ª Edición). Madrid: Editorial Civitas.
- (2000) *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria: Organización, Imputación y Causalidad*. Madrid: Editorial Civitas.

MONTERROSO CASADO, E. (2005) “La cuantificación del daño por la falta de consentimiento informado: la determinación y la reparación del daño”. Ponencia presentada al Premio Magistrado Ruíz Vadillo Disponible en internet: www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/EstherMoterroso.pdf

MOURE GONZALEZ, E. (2015). “El anunciado fracaso del baremo de daño sanitario: cuatro razones y un funeral” en *Actualidad de Derecho Sanitario* (núm. 230) Págs. 675-678.

MUÑOZ MACHADO, S.: (1994) "Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria (con algunas reflexiones sobre las funciones actuales de la responsabilidad civil)" en *Revista Documentación Administrativa* núm. 237-238, enero-junio 1994. Págs. 255-282.

NIETO GARCÍA, A. (2000) "El arbitrio judicial". Editorial Ariel, Barcelona. 1ª edición.

PACHECO JIMÉNEZ, Mª N.: (2011): "Acciones Wrongful Birth y Wrongful Life: Una controvertida vía de responsabilidad civil médica" *Documento de Trabajo en Seminario Permanente de Ciencias Sociales de Cuenca*, Universidad de Castilla-La Mancha. Disponible en internet: <http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

PALOMAR OLMEDA, A. (2013) *Tratado de derecho sanitario*. Alberto Palomar Olmeda, Josefa Cantero Martínez (directores), David Larios Risco, Lola González García, Federico de Montalvo Jaaskelainen (coordinadores). Aranzadi (Cizur Menor) 1ª Ed.

PANTALEÓN PRIETO, F.:

- (2012) en las Jornadas de Responsabilidad Patrimonial del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
- (2000) "Como repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Nº. 4, 2000* (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad en el Derecho). Págs. 167-192
- (1995) *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración (hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas)*. Madrid: Cuadernos Civitas.
- (1994) "Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas" en *Revista Documentación Administrativa* núm. 237-238, enero-junio 1994. Págs. 239-253
- (1990) "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación" en *Centenario del Código Civil*". Madrid. Págs. 1561-1591.
- (1983) "Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte" en *Revista Actualidad Derecho Civil (ADC)*, Págs. 1567-1585.

PAREJO ALFONSO, L. (2003) *Derecho Administrativo* (1ª Ed.) Barcelona: Ariel, 2003.

PASQUAU LIAÑO, M. (2012): “Infracción, daño moral y atribución de riesgos. A propósito de la evolución jurisprudencial sobre la Responsabilidad Civil por falta de información al paciente” en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro* nº 43. Págs. 9-20.

PELAYO PARDOS, S. (2011) “Las Cláusulas de Exclusión de Riesgo en los seguros de responsabilidad sanitaria, en la medicina pública” en XIV Congreso AEGRIS. (Junio 2011 País Vasco).

PEMÁN GABÍN, J. (1994) “Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público” en *Revista Documentación Administrativa* núm. 237-238, enero-junio 1994. Págs. 283-331.

PINTOS AGER, J. “Baremos, seguros y derecho de daños”, Edit. Civitas, Madrid, 2000.

PLAZA PENEDÉS, J. (2002) *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*. Aranzadi (Navarra).

PRIETO SANCHIS, L. (1996) “Diez argumentos a propósito de los principios” en *Revista Jueces para la Democracia* núm. 26. Madrid. Págs. 41 y ss.

QUICIOS MOLINA, S. (2011) “El daño moral: requisitos para que proceda su resarcimiento”, en HERRADOR GUARDIA, M. (Coord.), *Derecho de daños*, Madrid, Sepín. Págs. 559-608.

REBOLLO PUIG, M. (2011) “Capacidad, representación y legitimación del reclamante en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial” en *Revista Española de la Función Consultiva* (núm. 16 julio-diciembre). Págs. 51-86.

RODRIGUEZ FERNANDEZ, R. (2008). “El daño derivado de la ausencia de consentimiento informado y su graduación a efectos indemnizatorios” en *XV Congreso Derecho Sanitario (AEDS)*. Madrid, Octubre 2008.

REGLERO CAMPOS, L. F.:

- (2009) Culpa y riesgo en los modernos sistemas de responsabilidad en *Segundas Jornadas Australes de Derecho Civil* (Patagonia, Argentina). Disponible en internet: http://www.aidp.com.ar/?page_id=11
- (2007) *Accidentes de Circulación. Responsabilidad Civil y Seguro*. Madrid: Aranzadi
- (1997) “Comentario a la STS de 26 de marzo de 1997”, en CCJC, nº 44.

RODRIGUEZ GUITIAN, A. M. (2015) “Indemnización por causa de muerte: Análisis de los ordenamientos jurídicos inglés y español” en *INDRET Revista para el Análisis del Derecho*.

ROMERO COLOMA, A.M.

- (2010) “Las acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life en el Ordenamiento Jurídico Español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722. Págs. 2559-2608.
- (2009) “Las acciones de wrongful birth y su problemática jurídica” en *Diario La Ley* núm. 7231, Págs. 1-16.

RODRÍGUEZ VALIENTE, A. y VÁZQUEZ SASOT, A. (2014) “Revisión y crítica de la valoración del daño estético. Propuesta de un nuevo baremo” en *Cuadernos de Medicina forense* (vol.20, no.1, Málaga, ene.-mar. 2014) Disponible en internet: <http://dx.doi.org/10.4321/S1135-76062014000100004>

RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, JUAN LUIS y DE VERA ESTRADA, PAZ (2014): “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por daños derivados de infecciones nosocomiales” en *Revista Española de la Función Consultiva*. Núm. 22. Julio-Diciembre (2014) Págs. 47-58.

ROVIRA, A. (2007). *Autonomía Personal y Tratamiento Médico. Una aproximación Constitucional al Consentimiento Informado*. Edit. Thomson/Aranzadi. Navarra

RUÍZ BADILLO, E. (1996) *Revista Española de Seguros* nº 85, enero 1996

SABANDO SUÁREZ, P. (2013): “Responsabilidad de la Administración por las prestaciones sanitarias: medicina y derecho” en *Revista Española de la Función Consultiva*. Págs. 57-62 (Julio-Diciembre).

SAIGÍ-ULLASTRE, UMBERT; GÓMEZ-DURAN, ESPERANZA L.; y ARIMANY-MANSO, JOSEP: (2013) “Cuantificación de la pérdida de oportunidad en responsabilidad profesional médica” en *Revista Española de Medicina Legal* Disponible en internet: www.elsevier.es/mlegal. Págs. 158 a 161.

SÁNCHEZ CARO, JAVIER

- (2012) “Entorno a la certeza en la aplicación de la Teoría de la Pérdida de Oportunidad” en *Revista de la Función Consultiva* (Págs. 121 a 126)
- (2009): *Manual de casos prácticos del area de bioética y derecho sanitario*. Madrid. Servicio Madrileño de Salud.

SÁNCHEZ GARCÍA, MARTA MARÍA: (2013) “Evolución Jurisprudencial de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria” en *Congreso Extraordinario XXII “Derecho y Salud”* Vol. 23.

SANCHO GARGALLO, I. (2004) “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado” en *Revista InDret*. Working Paper núm. 209.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (1989) *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, dir. Juan-Alfonso SANTAMARÍA PASTOR y Luciano PAREJO ALFONSO, Cera, Madrid, 1989,

SANTOS BRIZ, J. (1989) “ Los daños morales y su incidencia en el derecho de la circulación” en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1989, octubre. Págs. 827-837.

SALVADOR CODERCH, PABLO:

- (2000) “Punitive Damgages” en *Revista AFDUAM* 4 (2000). Págs. 139-152. Disponible en internet: www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/Punitive_Damages_Pablo_Salvador_Coderch.pdf
- (2000): “Causalidad y Responsabilidad” en *Revista Indret*.
- (2000) “Recensión a ‘Derecho de daños’, de Luis Díez-Picazo”, en *InDret* 1/2000, Barcelona, 2000, disponible en la dirección de Internet: <http://www.indret.com>

SALVADOR CODERCH, PABLO y FERNÁNDEZ CRENDE, A. (2006): “Causalidad y Responsabilidad” en *Revista INDRET*.

SALVADOR CODERCH Y RUIZ GARCIA, J.A. (2002): “Riesgo, responsabilidad objetiva y negligencia. Nota a la SSTS 1ª de 5/7/2001 y 17/10/2001” en *Revista INDRET*.

SÁNCHEZ FIERRO, JULIO (2014): “El cálculo de las indemnizaciones en la responsabilidad patrimonial sanitaria ¿Un baremo ad hoc?” en *Revista Española de la Función Consultiva*. Núm. 22 julio-diciembre, Págs. 41-46.

SARDINERO GARCIA, CARLOS:

- (2016) *Responsabilidad administrativa, civil y penal por falta de información en el ámbito clínico. Criterios indemnizadores*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia.
- (2016 Bis) “Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en patología oncológica maligna en la medicina pública española” en *Gaceta Sanitaria*. Vol. 30. (Págs. 421-425).
<http://www.gacetasanitaria.org/es/responsabilidad-por-perdida-oportunidad-asistencial/articulo/S0213911116300978/>
- (2016 ter) “Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en patologías neurológicas en la medicina pública española” en *Gaceta Sanitaria* (18/10/2016) <http://www.gacetasanitaria.org/es/responsabilidad-por-perdida-oportunidad-asistencial/avance/S0213911116301959/>

SISO MARTIN, J. (2000) “La Tesis de la Pérdida de Oportunidad.- Entre la intención garantista para el ciudadano y el peligro de la tendencia objetivadora”.
<http://www.juansiso.es/Almacen/TESIS%20DE%20LA%20PERDIDA%20DE%20OPO%20RTUNIDAD.%20Revista%20Praxis%20Medica%20Argentina.pdf>

SUAY RINCON, J. (2013): “La racionalización de la responsabilidad patrimonial de la Administración: el paradigma de la sanidad pública” en *Revista Española de la Función Consultiva*. Págs. 35-55.

VELASCO PERDIGONES, JUAN C. (2016) “La posible retroactividad de la Ley 35/2015 de 22 de Septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, a raíz de la jurisprudencia” en *Revista Otrosí del Colegio de Abogados de Madrid*. Núm. 11 (2016). Págs. 58-67.

VICANDI MARTINEZ, A. (2013) “El concepto de Wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y el presente” en *R.E.D.S.* núm. 3 septiembre-diciembre 2013. Págs. 40-59.

VICENTE DOMINGO, E.:

- (1994) *Los daños corporales*. Editorial Bosch (Barcelona).
- (2006) *Tratado de Responsabilidad Civil*, Coordinador Fernando Reglero Campos, Thomson Aranzadi. Navarra.

VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSE (1996): *La responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: Fundamento y Límites* (1ª Edición). Barcelona: Editorial Praxis, S.A.

XIOL RIOS, JUAN ANTONIO:

- (2012) “Derecho Sanitario en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo” en *XIX Congreso Derecho Sanitario (AEDS)*. Madrid, Octubre 2012 (Julio-Diciembre 2010).
- (2011) “El Consentimiento Informado” en *Revista Española de la Función Consultiva* (núm. 16 julio-diciembre). Págs. 127-149.
- (2010) “El daño moral y la pérdida de oportunidad” en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº1. Págs. 9-38.
- (2010Bis) “El Consentimiento Informado” en *Revista Española de la Función Consultiva*. Págs. 21 a 84.
- (2006) “La utilización del sistema legal de la Ley 30/95 para valorar los daños corporales producidos al margen de los hechos de la circulación. Apuntes de jurisprudencia” en *Congreso sobre Responsabilidad Civil*. Cáceres 2006. Págs. 1 a 20.
- (2004) “La institución frente a las reclamaciones por negligencias profesionales” en *Revista de la Administración Sanitaria Siglo XXI*. Vol. 2. Núm. 4 (Octubre 2004).
- (2002) “El ejercicio de la acción directa frente al asegurador de la responsabilidad civil de los entes públicos y asimilados” en *II Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*. Granada 2002.

YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO:

- (2001) “La responsabilidad civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate” en *Estudios de Responsabilidad Civil en homenaje al profesor Roberto López Cábana*. Madrid, Págs 229-253.
- (2001) *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, Edit. Dykinson, Madrid.

ZAVALA DE GONZALEZ, MATILDE MARIA (1990) *Resarcimiento de Daños T.2 Daños a las Personas*. Vol. 2ª. Hammurabi/Depalma (Buenos Aires)

OTROS DOCUMENTOS Y PÁGINAS WEB EMPLEADAS

- Acuerdos de Unificación de Criterios del Orden Penal de la Audiencia Provincial de Madrid (Octubre 2011). Disponible en internet: <http://www.Poderjudicial.Es/Stfls/Tribunales Superiores De Justicia/Tsj Madrid/Documentos De Interés/...>
- Boletín Oficial de Las Cortes Generales. <http://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/publicacionesoficiales/senado/boletinesoficiales/index.html>
- Cendoj. Buscador del Sistema de Jurisprudencia. Poder Judicial <http://www.Poderjudicial.Es/Search/Indexan.Jsp>
- Crónica de la Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 2012 <http://www.Poderjudicial.Es/Stfls/Tribunal Supremo/Acuerdos Y Estudios Doctrinales/Jurisprudencia/201...>
- Doctrina Jurisprudencial sobre Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas 2009-2012. Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Gabinete Técnico). Coordinador: D. Juan Pedro Quintana Carretero (Magistrado Decano del gabinete Técnico de la Sala 3ª del TS). Autores: D. José Guerrero Zaplana (Magistrado del gabinete Técnico del Tribunal Supremo) y Dña. Concha Castro Alvarez (Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo)
- Fiscalía General de Estado. <http://www.fiscal.es>

- Consejos de Estado y Consejos Consultivos Autonómicos: <http://www.consejo-estado.es/enlaces.htm>
- Memoria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid: http://www.Madrid.Org/Ccmadrid/Attachments/016_Memoria2014.Pdf.
- Documentos de la Segó: http://www.Sego.Es/Content/Pdf/20080117_Recomendacion_Al_Parto.Pdf
- Revista Diario Medico. <http://www.diariomedico.com/>
- Publicación de Derecho Sanitario: <https://www.redaccionmedica.com/secciones/derecho>

RELACIÓN DE SENTENCIAS Y DICTÁMENES CITADOS

CAPÍTULO I.-

STS (Sala 3ª) de 29 de Mayo de 2003
STS (Sala 3ª) de 22 de Diciembre de 1997
STS (Sala 3ª) de 4 de Enero de 1991
STS (Sala 3ª) de 5 de Junio de 1989
STS (Sala 3ª) de 22 de Marzo de 1995
STS (Sala 3ª) de 10 de Julio de 1943
STS (Sala 3ª) de 9 de marzo de 1998
STS (Sala 1ª) de 14 de Mayo de 1963
STS (Sala 1ª) de 18 de Marzo de 1999
SJCA Madrid núm. 231/2016, de 30 de junio de 2016.
STS (Sala 3ª) de 14 de Junio de 1999
STS (Sala 3ª) de 9 de Octubre de 2012
STS (Sala 3ª) de 22 de Octubre de 2004
STS (Sala 3ª) de 23 de Marzo de 2000
STS (Sala 3ª) 10 de Mayo de 2005
STSJ Madrid 135/2015, de 19 de Febrero de 2015
STS (Sala 3ª) de 9 de Diciembre de 2008
STS (Sala 3ª) de 14 de Octubre de 2003
STS (Sala 3ª) de 13 de Noviembre de 1997
STS (Sala 3ª) de 12 de Abril de 2007
STS (Sala 3ª) de 25 de Abril de 2007
STS (Sala 3ª) de 30 de Octubre de 2007
STS (Sala 1ª) de 5 de Enero de 2007
SJCA nº 1 de Santander de 14 de Noviembre de 2014
STS (Sala 3ª) de 11 de Abril de 2014
STS (Sala 1ª) núm. 924/2007, de 5 de septiembre de 2007
STS (Sala 1ª) de 22 de Abril de 1994.
STSJ Madrid de 17 de Julio de 2014
STS (Sala 1ª) de 9 de Mayo de 1989
STSJ Castilla y León 1863/2011, de 29 de Julio de 2011
STS (Sala 1ª) de 25 de Enero de 1997
STS (Sala 1ª) de 21 de Noviembre de 1998
STS (Sala 1ª) de 13 de Marzo de 1999
STS (Sala 1ª) de 24 de Mayo de 1999
STS (Sala 3ª) de 30 de Octubre de 1999
STS (Sala 3ª) de 5 de Febrero de 2007
STS (Sala 3ª) de 12 de Julio de 2007
STS (Sala 3ª) de 3 de Noviembre de 2009
STSJ de Castilla y León núm. 2247/2015, de 8 de Octubre de 2015
STS (Sala 1ª) de 17 de Marzo de 1981.
STS (Sala 3ª) de 2 de Octubre de 2012
STS (Sala 3ª) de 25 de Febrero de 2009
STS (Sala 3ª) de 9 de Octubre de 2012
STS (Sala 3ª) de 5 de Mayo de 2012
STS (Sala 3ª) de 30 de Marzo de 2013 (Rec. Casación 2989/2012)
Dictamen núm. 50/13 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid de 13 de febrero de 2013
STS (Sala 3ª) de 25 de Febrero de 2009, rec. 9484/2004
STS (Sala 3ª) de 23 de Septiembre de 2009, rec. 89/2008
STS (Sala 3ª) de 24 de Septiembre de 2004, rec. 3641/2000
STS (Sala 2ª) de 29 de Junio de 2001
STS (Sala 3ª) de 6 de Mayo de 2015
STS (Sala 3ª) de 19 de Mayo de 2015
STS (Sala 3ª) de 16 de Marzo de 2005
STS (Sala 3ª) de 7 de Diciembre de 2011
STS (Sala 3ª) de 22 de Noviembre de 2011
STSJM de 23 de Abril de 2015

STS (Sala 3ª) de 9 de Marzo de 1998
STS (Sala 3ª) de 10 de Octubre de 2000
STS (Sala 3ª) de 9 de Octubre de 2012
STS (Sala 3ª) de 24 de Abril de 2012
STSJ Castilla-La Mancha. 502/2015, de 13 de Marzo de 2015
STSJ Madrid de 25 de Febrero de 2013.
STS (Sala 3ª) de 25 de Abril de 1994
STSJ Madrid núm. 476/2014, de 23 de Junio de 2014
STS (Sala 3ª) de 2 de Enero de 2012
STSJ Madrid de 22 de Junio de 2010
STS (Sala 3ª) de 30 de Septiembre de 2003
STS (Sala 3ª) de 19 de Octubre de 2004
STS (Sala 3ª) de 11 de Noviembre de 2004
STS (Sala 3ª) de fecha 23 de Febrero de 2011
STS (Sala 3ª) de 9 de Marzo de 1998
SJCA nº 28 de Madrid nº 321/13, de 7 de Octubre de 2013
STS (Sala 3ª) de 23 de Febrero de 2009, recurso de casación 7840/2004
STS (Sala 3ª) de 31 de Marzo de 2009, recurso de casación 9733/2004
Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid núm. 194/12, de 28 de marzo de 2012
STS (Sala 3ª) de 3 de mayo de 2004
Dictamen del Consejo Consultivo Madrid núm. 12/13, de 16 de enero de 2013
STSJ Madrid núm. 81/2015 de 5 de Febrero de 2015
SJCA nº 17 de Madrid 88/2015, de 25 de Febrero de 2015
Dictamen núm. 96/14 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, de 5 de Marzo de 2014
Dictamen núm. 502/2015 del Consejo Consultivo de la Comunidad Madrid, de 25 de Noviembre de 2015
STS (Sala 3ª) de 14 de octubre de 2002
STS (Sala 3ª) de 31 de Mayo de 1999 (recurso 2132/95)
STS (Sala 3ª) de 14 de Octubre de 2002 (recurso de casación 5294/98)
STS (Sala 3ª) de 25 de Enero de 2003 (recurso de casación 7926/98)
STS (Sala 3ª) de 7 de Febrero de 1998
STS (Sala 3ª) 19 de Junio de 2001
STS (Sala 3ª) de 26 de Febrero de 2002
STS (Sala 3ª) de 21 de Octubre de 2002
STS (Sala 1ª) de 15 de Julio de 1983
STS (Sala 1ª) de 3 de junio de 1988
STS (Sala 1ª) de 16 de Septiembre de 1998
STS (Sala 1ª) de 11 de Junio de 1991
STS (Sala 1ª) de 3 de Octubre de 1991
STS (Sala 1ª) de 6 de Octubre de 1993
STS (Sala 1ª) de 1 de Junio de 1995
STS (Sala 1ª) de 1 de Diciembre de 1995
STS (Sala 3ª) de 14 de Enero de 1998
STS (Sala 3ª) de 23 de Enero de 1998
STS (Sala 3ª) de 29 de Enero de 1998
STS (Sala 3ª) de 11 de Mayo de 2010
STS (Sala 3ª) de 10 de Octubre de 2011
STS (Sala 3ª) de 30 de Octubre de 1999, recurso de casación 5696/99
STSJ Madrid de 19 de Febrero de 2015
STS (Sala 3ª) de 26 de Septiembre de 1998
STS (Sala 3ª) de 16 de Febrero de 1999.
STS (Sala 3ª) de 25 de Enero de 1997
STS (Sala 3ª) de 26 de Abril de 1997
STS (Sala 3ª) de 16 de Diciembre de 1997
STS (Sala 3ª) de 28 de Febrero de 1998
STS (Sala 3ª) de 24 de Marzo de 1998
STS (Sala 3ª) de 13 de Marzo de 1999
STS (Sala 1ª) de 26 de Febrero de 2000
STS (Sala 3ª) de 15 de Abril de 2000
STS (Sala 3ª) de 21 de Julio de 2001
STSJ Madrid núm. 838/2014, de 4 de Diciembre de 2014
STSJ Madrid núm. 171/2014, de 3 de Marzo de 2014
STS (Sala 1ª) de 12 de Septiembre de 2007
STS (Sala 3ª) de 4 de Diciembre de 2007
STS (Sala 3ª) de 31 de Noviembre de 2001
STS (Sala 1ª) de 5 de Enero de 2007
STS (Sala 1ª) de 30 de Noviembre de 2001
STSJ Castilla La Mancha 50/2014, de 3 de Marzo de 2014
STSJ Madrid 352/2014, de 14 de Abril de 2014
STSJ Madrid de 22 de Marzo de 2013

STSJ Madrid de 5 de Junio de 2015
STS (Sala 3ª) de 16 de Octubre de 2007
STSJ País Vasco núm. 381/2011, de 13 de Abril de 2011
SAN de 24 de Mayo de 2000
STS (Sala 3ª) de 29 de octubre de 1998
STS (Sala 3ª) de 28 de Octubre de 1998
Dictamen del Consejo de Estado de 8 de julio de 1971
STS (Sala 1ª) de 22 de Febrero de 2007
STS (Sala 3ª) de Febrero de 1982
STS (Sala 3ª) de 7 de Febrero de 1981
STS (Sala 3ª) de 2 de Enero de 1990
STSJ Madrid 234/2014, de 26 de Marzo de 2014
STS (Sala 3ª) de 10 de Diciembre de 2009
STS (Sala 1ª) de 23 de Febrero de 1998
STS (Sala 3ª) de 25 de Octubre de 1989
Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del TS de 22 de marzo de 2010, rec. 25/2009
STSJ Madrid 840/2012, de 3 de Diciembre de 2012

CAPITULO II.-

SAP Guipúzcoa de 29 de Septiembre de 2014
STS (Sala 3ª) de 13 de Julio de 2000
STS de 6 de Diciembre de 1882
STS de 11 de marzo de 1889
STS (Sala 2ª), de 29 de Junio de 1987
STS (Sala 1ª) de 6 de Diciembre de 1912
STS (Sala 1ª) de 13 de Noviembre de 1916
STS (Sala 1ª) de 14 de diciembre de 1917
STS (Sala 1ª) de 23 de mayo de 1975
STS (Sala 1ª) de 2 de abril de 2004
STS (Sala 3ª) de 12 de Marzo de 1975
STS (Sala 3ª) de 26 de Septiembre de 1977
STS (Sala 3ª) de 2 de Diciembre de 1980
STS (Sala 3ª) de 4 de Diciembre de 1980
STS (Sala 3ª) de 30 de marzo de 1982
STS (Sala 3ª) de 13 de julio de 1983
Dictamen del Consejo de Estado de de 22 de Octubre de 1970
STS (Sala 3ª) de 4 de Mayo de 1999
STS (Sala 3ª) de 26 de Enero de 1999
STS (Sala 3ª) de 20 de Julio de 1996
STS (Sala 3ª) de 26 de Abril de 1997
STS (Sala 3ª) de 5 de Junio de 1997
STS (Sala 1ª) de 28 de Diciembre de 1998
STS (Sala 1ª) de 11 de marzo de 1889
STS de 11 de abril de 1972 (RJ 1972, 2660)
STS de 12 de Junio de 1972 (RJ 1972, 3173)
STS de 11 de Diciembre de 1972 (RJ 1972, 5269)
STS de 17 de enero de 1975 (RJ 1975,4)
STS de 25 de febrero de 1975 (RJ 1975, 1601)
STS de 21 de abril de 1977 (RJ 1977, 2644)
STS 10 de marzo de 1978 (RJ 1978, 3319)
STS 15 de noviembre de 1979 (RJ 1979,4252)
STS 5 de febrero de 1980 (RJ 1980,582)
STS 20 de septiembre de 1982 (RJ 1982, 5531)
STS (Sala 1ª) 1264/2001 de 22 de Febrero de 2001
STS (Sala 1ª) de 14 de Julio de 2006
STS (Sala 3ª) de 11 de Noviembre de 2003
STS (Sala 1ª) de 9 de Diciembre de 2003
STS (Sala 1ª) de 31 de Mayo de 2000
STS (Sala 1ª) de 22 de Febrero de 2001
STS (Sala 1ª) de 27 de Julio de 2006
STS (Sala 3ª) 22 de Mayo de 1995
STS (Sala 3ª) 22 de Febrero de 2001
STS (Sala 3ª) de 14 de Diciembre de 1994
STS (Sala 1ª) de 20 de febrero de 2002
STS (Sala 1ª) de 26 de Junio de 1984
STS (Sala 1ª) de 6 de Julio de 1990
STS (Sala 3ª) de 23 de Julio de 1990
STS (Sala 2ª) 1291/2001, de 29 de Junio de 2001

STS (Sala 1ª) de 19 de octubre de 1996
STS (Sala 3ª) de 27 de enero de 1998
STS (Sala 3ª) de 12 de julio de 1999
STS (Sala 3ª) de 27 de septiembre de 1999
STS (Sala 3ª) de 31 de Mayo de 2001
STS (Sala 1ª) de 23 de Noviembre de 2004
STS (Sala 1ª) de 9 de Mayo de 1984.
STS (Sala 1ª) de 9 de Diciembre de 2010
STSJ de Madrid núm. 838/2014 de 4 de Diciembre de 2014
STSJ de Extremadura de 21 de Abril de 1997
Dictamen núm. 150/2007, de 5 de Septiembre de 2007 del Consejo Consultivo Castilla-La Mancha
STS (Sala 3ª) de 25 de Julio de 2003 (recurso 1267/1999)
STS (Sala 3ª) de 30 de Septiembre de 2003 (recurso 732/1999)
STS (Sala 3ª) de 31 de enero 2012
STS (Sala 3ª) de 14 de febrero de 2012
STS (Sala 2ª) de 5 de Octubre de 1982
STS (Sala 3ª) de 14 de Febrero de 2006
STS (Sala 3ª) de 10 de Junio de 2008
STS (Sala 1ª) de 15 de Febrero de 2006
STS (Sala 1ª) de 7 de mayo de 2007
STS (Sala 3ª) de 20 de Noviembre de 2012
STS (Sala 1ª) 19 de Julio de 2013
STS (Sala 3ª) de 7 de Diciembre de 2011
STSJ Castilla-León de 8 de Mayo de 2012
STS (Sala 1ª) de 22 de Febrero de 2000
STS (Sala 3ª) de 31 de Octubre de 1990
SAP Alicante nº 208/2010 de 18 de Junio de 2010
STS de 11 de noviembre de 2004 (recurso 7013/2000)
STS de 25 de julio de 2003 (recurso 1267/1999)
STS (Sala 2ª) de 8 de marzo de 1991
Dictamen del Consejo Consultivo de la Rioja de 19 de Septiembre de 2013
Dictamen 466/2013, de 16/10/2013 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
SAP de Madrid de 26 de diciembre de 2001, Sección 12ª, Rollo nº 822/2000
SAP de Sevilla de 15 de Noviembre de 2001 Sección 5ª, Rollo nº 6302/2001

CAPÍTULO III.-

STS (Sala 1ª) de 21 de Octubre de 2009
STS (Sala 3ª) 21 de Enero de 2011
Dictamen núm. 50/15, de 11 de Febrero de 2015 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STS (Sala 3ª) de 13 de Noviembre de 2002
Dictamen núm. 87/08, de 12 de Noviembre de 2008 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STS de 9 de Febrero de 1999 (Rj 1999/1878)
STS 1326/2010, de 22 de Diciembre de 2010
STSJ Baleares 370/2012, de 16 de Mayo de 2012
STSJ Madrid 320/2016, de 24 de Junio de 2016
STSJ Madrid 191/2014, de 11 de Marzo de 2014
STSJ Madrid 134/2015, de 19 de Febrero de 2015
STS (Sala 3ª) 9 de Febrero de 1988
Dictamen núm. 207/12, de 11 de Abril de 2012, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STSJ Asturias 1076/2013, de 7 de Octubre de 2013
Dictamen Consejo Consultivo Comunidad de Madrid 205/2014, de 21 de Mayo de 2014
STS (Sala 1ª) de 6 de Julio de 2007
STS (Sala 3ª) de 5 de Junio de 1998
STS (Sala 1ª) de 23 de Noviembre de 2007
STSJ Galicia de 2 de Octubre de 2013
STS (Sala 1ª) de 4 de Noviembre de 1999
STS (Sala 1ª) de 23 de Diciembre de 1985
STS (Sala 2ª) de 15 de Abril de 1988
STS (Sala 2ª) de 2 de julio de 1979
STS (Sala 1ª) de 14 de diciembre de 1996
STSJ Baleares núm. 387/2015, de 9 de Junio de 2015
STSJ Madrid de 10 de Diciembre de 2009
STSJ Madrid nº 135/2014, de 14 de Febrero de 2014
STS (Sala 1ª) de 4 de julio de 2005
STSJ Madrid de 21 de Mayo de 2014
STSJ Madrid de 14 de Abril de 2014
Dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja 50/13, de 19 de Septiembre de 2013
Consejo Consultivo de La Rioja en su Dictamen 48/01, de 22 de Octubre de 2001

STSJ Madrid 379/2015, de 28 de Mayo de 2015
STS (Sala 1ª) 12 de Febrero de 2008.
Dictamen 48/01, de 22 de Octubre de 2001 del Consejo Consultivo de la Rioja
STS (Sala 1ª) de 1 de Abril de 2009
SAP de Pontevedra (Secc. 2ª) de 13 de Marzo de 2006
STS 23 de Noviembre de 2007, RJ 2008/24.
STC 163/2001, de 11 de julio,
STS de 17 de Diciembre de 2001
SJCA nº 20 Madrid. 431/2014, de 21 de Octubre de 2014
STS de 17 de Febrero de 1956
STS (Sala 1ª) 246/2009, de 1 de abril de 2009
STS (Sala 3ª) de 25 de Marzo de 2010
STS (Sala 1ª) 4 de Mayo de 1983
STS de 14 de Diciembre de 1996
SAP Madrid de 21 de Julio de 2009
STSJ de Madrid, nº 295/2011, de 15 de marzo (JUR 2011/216345)
STS (Sala 3ª) de 16 de julio de 2004
Dictamen 498/11, de 14 de septiembre del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
Dictamen 518/11, de 21 de septiembre del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STS (Sala 3ª) de 16 de Julio de 2004
STC 37/2011, de 28 de Marzo
STC 222/2004, de 29 de Noviembre.
Dictamen 596/11, de 26 de octubre del mencionado Consejo Consultivo
STSJ de Madrid 205/2011, de 15 de Marzo de 2011
STSJ de Madrid 122/2015, de 19 de Febrero de 2015,
Dictamen 643/2011, de 16 de Noviembre del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STS (Sala 1ª) de 13 de septiembre de 2012)
SAP de Madrid núm. 436/2009, de 1 de julio
STS de 10 de diciembre de 2009 (Ponente Xiol Ríos)
Dictamen 250/12 de 25 de Abril de 2012 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
Dictamen del Consejo de Estado de 22 de Diciembre de 1999
STS (Sala 1ª) de 18 de Junio de 2004
STSJ Madrid 1213/2003, de 9 de Diciembre de 2003
SAN Sala Contencioso de 29 de Septiembre de 2011
Dictamen nº 98/2008 del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha, de 7 de Mayo de 2008
SAP Madrid nº 436/2009, de 1 de julio (JUR 2009/375973)
en Dictamen 250/12 de 25 de Abril de 2012, de la Comunidad de Madrid
STS (Sala 1ª) nº 535/2012, de 13 de Septiembre de 2012
STS (Sala 1ª) núm. 653/2003, de 19 de junio de 2003
STSJ Madrid 118/2015, de 11 de Febrero de 2015 (Sección 10ª)
STS (Sala 3ª) 22 de Octubre de 2009
STS (Sala 1ª) de 26 de Marzo de 2012.
STS (Sala 3ª) de 27 de Diciembre de 2011
Dictamen 491/12, de 5 de Septiembre de 2012 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STS (Sala 3ª) de 26 de Marzo de 2012
Dictamen 406/11, de 20 de Julio del Consejo Consultivo Comunidad de Madrid
Dictamen 354/10, de 20 de octubre de 2010 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
Dictamen 462/10, de 22 de octubre de 2010 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
Dictamen 364/11, de 29 de junio de 2011 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
Dictamen 643/11, de 16 de noviembre del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
Dictamen 406/10, de 20 de julio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
Dictamen 521/11, de 28 de septiembre de 2011 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
Dictamen 570/12, de 17 de octubre de 2012 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en Sentencia de 1 de Abril de 2004
Dictamen núm. 86/10, de 24 de marzo de 2010 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
Dictamen 296/10, de 22 de septiembre de 2010 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
Dictamen 714/11, de 14 de diciembre de 2011, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STSJ Madrid de 15 de Marzo de 2011
Dictamen 448/14, de 22 de octubre de 2014 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
Dictamen 402/2011 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STSJ de Navarra (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de octubre de 2003
STS (Sala 3ª) de 30 de Diciembre de 2002

CAPITULO IV.-

STSJ Madrid núm. 279/2014, 11 de Abril de 2014
STSJ Madrid núm. 656/2012, de 20 de Septiembre de 2012.
STSJ Madrid. Núm. 669/2014, de 30 de Septiembre de 2014.

SAN de 7 de Marzo de 2001 (recurso nº 175/2000)
STS (Sala 1ª) 18 de Noviembre de 2002
STS de 20 de octubre de 1987 (RJ 8676)
STS de 15 de abril de 1988 (RJ 3072)
STS de 1 de diciembre de 1989 (RJ 8992)
STS de 3 de enero de 1990 (RJ 154)
STSJ Extremadura 155/2015, de 21 de Julio de 2015
STSJ Madrid núm. 356/2015, de 22 de Mayo de 2015
Dictamen núm. 25/15 de 28 de Mayo de 2015 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STS (Sala 2ª) del 26 de Mayo de 1984
Dictamen 214/13, de 29 de Mayo de 2013 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
Dictamen 196/14 de 7 de Mayo de 2014 del Consejo Consultivo Comunidad de Madrid
STS (Sala 1ª) de 4 de Noviembre de 1999
STSJ de Navarra núm. 1089/2003, de 17 de Octubre de 2003.
STS (Sala 3ª) de 29 de Febrero de 1972
STS (Sala 3ª) de 12 de Marzo de 1975
STS (Sala 3ª) de 27 de Noviembre de 1993
STS (Sala 3ª) de 19 de Noviembre de 1994
STS (Sala 3ª) de 28 de Febrero de 1995
STS (Sala 3ª) de 30 de Diciembre de 2002.
STS (Sala 1ª) de 9 de Mayo de 1984
STS (Sala 1ª) de 5 de Octubre de 1998
STS (Sala 1ª) de 26 de Noviembre de 1999
SAP Pontevedra, de 28 de Octubre de 2015
STSJ Madrid, núm. 265/2014, de 10 de Marzo de 2014
Dictamen 430/15, de 30 de Septiembre de 2015 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STS (Sala 1ª) de 31 de Mayo de 2000
STS (Sala 1ª) de 14 de Marzo de 2007
STS (Sala 3ª) de 3 de Octubre de 2000
STS (Sala 1ª), de 8 de Noviembre de 2007
STS (Sala 1ª) de 4 de Octubre de 2006
STS (Sala 1ª) de 5 de Diciembre de 2006
Dictamen 181/10, de 30 de Junio de 2010 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
SAP Barcelona, 15 de Noviembre de 2001
STSJ Madrid núm. 191/2014, de 11 de Marzo de 2014
STSJ Región de Murcia, de 30 de Enero de 2015
STSJ Navarra de 27 de Julio de 2000
STSJ Madrid núm. 681/2014, de 25 de Septiembre de 2014
STSJ Madrid núm. 779/2012, de 13 de Noviembre de 2012
SAP Navarra 88/2013, de 8 de Mayo de 2013
Sentencia del JCA nº1 de Madrid, de 27 de Julio de 2015
Dictamen núm. 505/2009, de 22 de Julio, del Consejo Consultivo de Andalucía
STSJ de Castilla-León, de 23 de Junio de 2011
Dictamen núm.228/2013, de 5 de Junio de 2013, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
Dictamen núm. 341/2014 de 30 de Julio de 2014 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
S.A.N. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 8 de Febrero de 2012
STSJ Madrid núm. 838/2014, de 4 de Diciembre de 2014
STSJ Madrid núm. 699/2007, de 31 de Mayo de 2007
STSJ Madrid núm. 378/2008, de 25 de Marzo de 2008
STS (Sala 1ª) de 17 de Abril de 2007
STSJ Castilla La Mancha de 26 de Octubre de 2006
STSJ Asturias, de 15 de Noviembre de 2012
SJCA nº 1 Zaragoza, 220/2005, de 6 de Junio de 2005
SAN de 24 de noviembre de 2004
SAP de Salamanca de 29 de Mayo de 2006
STS (Sala 3ª) de 4 de Noviembre de 2010
STS (Sala 1ª) de 11 de mayo de 2001
SAP Girona nº 188/2013, Rollo 666/2012, de 6 de Mayo de 2013
STS (Sala 3ª) de 9 de Mayo de 2005
STS (Sala 3ª) de 3 de Octubre de 2000
STS (Sala 3ª) de 19 de Mayo de 2015
ST Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Palma de Mallorca núm. 90/12, de 10 de Mayo de 2012
STS (Sala 3ª) de 23 de Febrero de 2005
STS (Sala 3ª) de 10 de Octubre de 1995
STC 53/1985, de 11 de abril (RTC 1985, 53)
STS (Sala 3ª), de 29 de Marzo de 2006
STS (Sala 1ª) de 25 de Abril de 1994
STS (Sala 3ª) de 29 de Marzo de 2006
STS (Sala 1ª) de 19 de Noviembre de 2007,

STSJ del País Vasco, Sala de Lo Contencioso, de 30 de Diciembre de 2013
STSJ Madrid 9 de Febrero de 2015
STS (Sala 1ª) de 10 de Octubre de 1995
SAP Zaragoza 34/2014, de 13 de Febrero de 2014
SAP Barcelona, sección 17ª, de 29 de Diciembre de 1999 (rec. 508/1999)
SAP Barcelona, Sección 16, de 25 de Septiembre de 2014
STS (Sala 3ª), Recurso Unificación de Doctrina, de 23 de Febrero de 2005
SAP de Cádiz de 17 de Septiembre de 2002
STS (Sala 3ª) de 26 de Abril de 2006.
STSJ Andalucía de 12 de Septiembre de 2014
STS (Sala 3ª), de 20 de Noviembre de 2012
STS (Sala 3ª) de 7 de Marzo de 2012
STC 53/1985, de 11 de abril
STS (Sala 1ª) de 6 de Junio de 2007
STS (Sala 3ª), de 23 de Enero de 2012
STS (Sala 1ª) de 19 de Junio de 2007
STS (Sala 1ª) de 17 de Noviembre de 2008
STS (Sala 1ª) de 6 de Junio de 1997
STS (Sala 3ª) de 4 de Noviembre de 2008
STS de 23 de Noviembre de 2007
STS (Sala 3ª) de 18 de Mayo de 2006
STSJ Valencia de 23 de Octubre de 2009
STS (Sala 3ª) de de 30 de Septiembre de 2010
STS (Sala 3ª) de 16 de Junio de 2010
Dictamen 318/13 de 30 de Julio de 2013 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STS (Sala 3ª) núm. 677/2006, de 21 de febrero de 2006
STS (Sala 3ª) núm. 5481/2006, de 30 de junio de 2006
STS (Sala 3ª) núm. 3216/2007, de 10 de mayo de 2007
STS (Sala 3ª) núm. 6490/2007, de 16 de octubre de 2007
STS (Sala 3ª) núm. 8332/2007, de 5 de diciembre de 2007
STS (Sala 3ª) núm. 8002/2009, de 24 de noviembre de 2009
STS (Sala 3ª) núm. 3000/2010, de 25 de mayo de 2010
STS (Sala 3ª) núm. 3364/2010, de 16 de junio de 2010
STS (Sala 1ª) núm. 3999/1997, de 6 de junio de 1997
STS (Sala 1ª) núm. 679/1999, de 4 de febrero de 1999
STS (Sala 1ª) núm. 7433/2005, de 21 de diciembre de 2005
STS (Sala 1ª) núm. 5044/2007, de 19 de julio de 2007
STS (Sala 1ª) núm. 7945/2007, de 23 de noviembre de 2007
STS (Sala 1ª) núm. 5536/2008, de 24 de octubre de 2008
STS (Sala 1ª), de 31 de Mayo de 2011
STSJ Asturias núm. 1076/2013, Sala de lo Contencioso de 7 de Octubre de 2013
STS (Sala 1ª) de 18 de Diciembre de 2003
STS (Sala 1ª) núm. 7433/2005, de 21 de diciembre de 2005
STS 157/2013, de 14 de Marzo de 2013
STS (Sala 1ª) de 14 de Marzo de 2013
STS (Sala 1ª) de 31 de Mayo de 2011
STS (Sala 1ª) de 6 de Julio de 2007
STS (Sala 1ª) de 23 de Mayo de 2007
STS (Sala 3ª) de 21 de Diciembre de 2001
STS (Sala 1ª) de 2 de Junio de 2002
STS (Sala 3ª) de 4 de Noviembre de 2008
STS (Sala 3ª) de 27 de Octubre de 2010
STS (Sala 3ª) de 28 de Marzo de 2012
STS (Sala 3ª) de 4 de Noviembre de 2005
STS (Sala 3ª) de 30 de Junio de 2006
STS (Sala 3ª) de 10 de Mayo de 2007
STS (Sala 3ª) de 16 de Octubre de 2007
STS (Sala 3ª) de 5 de Diciembre de 2007
STS (Sala 3ª) de 14 de Marzo de 2007,
STS (Sala 3ª) de 27 de Junio de 2007
STS (Sala 3ª), de 5 de Diciembre de 2007
SAP Cádiz de 17 de Septiembre de 2002
STS (Sala 1ª) de 7 de Junio de 2002
SAP Girona de 6 de Mayo de 2013,
STSJ Andalucía, de 2 de Septiembre de 2014
STS (Sala 3ª) de 30 de junio de 2006,
STS (Sala 1ª) de 21 de diciembre de 2005
STS (Sala 3ª) de 4 noviembre 2008
STS (Sala 3ª) de 16 de junio de 2010

SJCA nº1 de Santander de 14 de Noviembre de 2014
STS núm. 3216/2007, de 10 de Mayo de 2007
STS (Sala 3ª) de 4 de Abril de 2000.
STS (Sala 3ª) de 5 de Diciembre de 2007
STS (Sala 1ª) de 19 de Julio de 2007
STS (Sala 1ª) de 18 de Mayo de 2006
SAP Girona de 6 de Mayo de 2013
Caso Zepeda vs. Zepeda (1963) USA
Caso Gletman vs. Cosgrove (1967) USA
Caso Jacobs vs. Theimer (1975) USA
Dictamen núm. 205/2014, de 25 de Mayo de 2014 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
S. Tribunal de Casación Francés de 17 de Noviembre de 2000
STS (Sala 1ª) de 19 de Junio de 2007
STS (Sala 1ª) de 23 de Noviembre de 2007
STSJ Madrid 614/2013, de 29 de Julio de 2013
STSJ Madrid de 6 de Julio de 2009
Dictamen 649/2011, de 2 de Noviembre del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STSJ Madrid núm. 896/2013, de 17 de Diciembre de 2013
STSJ Madrid núm. 134/2015, de 19 de Febrero de 2015
STS (Sala 3ª) de 20 de Marzo de 2012
STS (Sala 3ª) de 28 de Marzo de 2012
STSJ Murcia 189/2014, de 14 de Marzo de 2014
SAP de Vizcaya, de 21 de julio del año 2000
STSJ de Cantabria, de 16 de Mayo de 2001,
SAP Madrid, de 29 de Septiembre de 2004
STC 116/1999, de 17 de junio
STC 212/1996, de 19 de Diciembre
Dictamen núm. 183/2015, de 15 de Abril de 2015 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
Dictamen núm. 45/2013, de 13 de Febrero de 2013 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
Dictamen núm. 86/2012, de 15 de Febrero de 2012 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid

CAPÍTULO V.-

STSJ Galicia de 8 de Mayo de 1997
SAN de 16 de Junio de 1999
STS (Sala 3ª) de 14 de Octubre de 2014 (Rec. Casación para la Unificación de Doctrina 2499/2013)
STS (Sala 3ª) de 3 de Julio de 2012 (Rec. Casación 6787/2010).
STS (sala 1ª) de 29 de Mayo de 2003, rec. 3082/1997
SAN de 16 de Junio de 1999
STS de 20 de Noviembre de 2012, Rec. Casación 4598/2011.
STS (Sala 1ª) de 25 de Enero de 2012.
STS Sala 1ª de 27 de Mayo de 2003)
STS (Sala 3ª) de 27 de Septiembre de 2011
STSJ Galicia de 4 de Marzo de 2015
STSJ Madrid 687/2015, de 23 de Octubre de 2015
STS (Sala 3ª) de 26 de Septiembre de 2014, Rec. Casación 3637/2012.
STS (Sala 3ª) de 3 de Diciembre de 2012
STS (Sala 3ª) de 24 de Noviembre de 2009
Dictamen 354/13, de 4 de Septiembre de 2013 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid,
STS (Sala 3ª) de 21 de Octubre de 2008,
STSJ Galicia de 3 de Junio de 2015.
TS (Sala 3ª) en STS. 13 de Julio de 2005
STSJ Madrid núm. 205/2015, de 13 de Marzo de 2015
STSJ Madrid núm. 153/2015, de 27 de Febrero de 2015
STSJ Madrid núm. 181/2015, de 10 de Marzo de 2015
STSJ Aragón de 13 de Febrero de 2015
STS (Sala 3ª) de 27 de Septiembre de 2011.
STSJ Comunidad Valenciana de 1 de Marzo de 2010
STSJ Comunidad Valenciana de 12 de Marzo de 2010
STSJ Castilla y León de 14 de Junio de 2013.
STSJ Asturias, núm. 178/2014 de 10 de Marzo de 2014
STSJ Madrid núm. 405/2013, de 14 de Mayo de 2013
STS (Sala 3ª) de 19 de Octubre de 2011
STS (Sala 3ª) de 22 de Mayo de 2012
STSJ Madrid núm. 205/2015, de 13 de Marzo de 2015
Dictamen núm. 191/2013, de 14 de mayo del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.
STS (Sala 3ª) de 27 de Noviembre de 2012 (R. Ca. 5938/2011)
STS (Sala 3ª) de 23 de Enero de 2012 (R.Ca. 43/2010)

STS (Sala 3ª) de 16 de Febrero de 2011 (R. Ca 3474/2009)
STSJ Madrid 53/2009, de 29 de enero de 2009
STS (Sala 3ª) de 20 de Febrero de 1999
STS (Sala 3ª) de 29 de Marzo de 1999
STS (Sala 3ª) de 18 de marzo de 2000.
STS (Sala 3ª) de 13 de Julio de 2005
STS (Sala 3ª) de 12 de Julio de 2007
STSJ Castilla-León 2099/2013, de 2 de Diciembre de 2013
STSJ Castilla y León 821/2015, de 11 de Mayo de 2015
STS (Sala 3ª) de 18 de octubre de 2005,
STSJ Madrid 135/2015, de 19 de Febrero de 2015
STSJ Castilla León 1529/2015, de 1 de Julio,
STSJ Madrid 18 de Diciembre de 2015,
STSJ Andalucía 2032/2014, de 24 de Octubre
STSJ Madrid 155/2014, de 24 de febrero
STSJ Andalucía 10 de Septiembre de 2004:
STSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 31 de Octubre de 2008
STSJ Galicia, de 28 de Octubre 2015
STSJ Galicia, de 30 de Septiembre de 2015
STSJ Madrid Sala Contencioso-Administrativo de 4 de Marzo de 2011
STSJ Madrid Sala Contencioso-Administrativo, de 16 de Enero de 2008 (rec. 1174/2003)
STS (Sala 3ª) de 30 de Junio de 2010 (r.ca. 7412/2005)
Dictamen 538/11, de 26 de Octubre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STS (Sala 3ª) de 7 de Agosto de 2008
Dictamen núm. 440/12, de 18 de Julio de 2012, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STSJ de Galicia núm. 511/2015, de 30 de Septiembre de 2015
STSJ de Baleares núm. 589/2015 de 7 de Octubre de 2015
STSJ de Madrid de 21 de Julio de 2010
Dictamen núm. 91/12, de 15 de Febrero del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
Dictamen núm. 226/12, de 18 de abril del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STSJ Madrid 384/2014, de 14 de Mayo de 2014:
STS (Sala 3ª) de 13 de Octubre de 2011
STS (Sala 3ª) de 25 de Junio de 2010
Dictamen núm. 53/2013, de 30 de Abril de 2013
STSJ Castilla-León nº 1529/15, de 1 de Julio de 2015
STS (Sala 3ª) de 4 de Noviembre de 2008
STS (Sala 3ª) de 25 de Mayo de 2010
SAN Sala Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª, de 24 de Octubre de 2011
STS (Sala 3ª) de 16 de Enero de 2012.
STS (Sala 1ª) (Ponente Seijas Quintana) nº 948/2011, de 16 de Enero de 2011
STSJ Madrid de 5 de Julio de 2015
STSJ Madrid de 5 de Junio de 2015
STSJ Madrid núm. 181/2015, de 10 de Marzo de 2015
Dictamen núm. 354/13, de 4 de Septiembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STS (Sala 3ª) de 10 de Octubre de 2011 (recurso de casación 3056/2008)
STS (Sala 3ª) de 3 de Mayo de 2012 (recurso de casación 2441/2010)
STS (Sala 3ª) de 16 de Mayo de 2012 (recurso de casación 1777/2010)
STS (Sala 3ª) de 23 de Septiembre de 2010 (rec. casación 863/2008)
STS (Sala 3ª) de 19 de Octubre de 2011 (rec. casación 5893/2006)
STS (Sala 3ª) de 23 de Enero de 2012 (rec. casación 43/2010)
STS (Sala 3ª) de 3 de Julio de 2012 (rec. casación 6787/2010).
STS (Sala 3ª) de 3 de Diciembre de 2012 (rec. casación 2892/2011)
STSJ Madrid de 25 de Noviembre de 2010
STSJ Valencia de 1 de Marzo de 2010
STSJ Valencia de 12 de Marzo de 2010
STS (Sala 3ª) Sección 6ª de 7 de julio de 2008
Dictamen núm. 568/2011, de 19 de octubre del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
Dictamen núm. 226/2012 de 18 de Abril, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
Dictamen 765/11, de 28 de diciembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STS (Sala 3ª) de 12 de Julio de 2007
STS (Sala 3ª) de 23 de Septiembre de 2010
STS (Sala 3ª) de 2 de Enero de 2012
STS (Sala 3ª) de 23 de Mayo de 2012
STS (Sala 1ª) de 2 de Julio de 2007
STS (Sala 3ª) de 22 de Mayo de 2012.
STSJ Castilla La Mancha nº 15, de 4 de Enero de 2016
Dictamen núm. 91/12, de 15 de Febrero de 2012 del Consejo Consultivo Comunidad de Madrid
STSJ Madrid de 7 de Febrero de 2012
STS (Sala 3ª) de 24 de febrero de 2015

STS (Sala 3ª) de 25 de Septiembre de 2015
STS (Sala 3ª) de 3 de Diciembre de 2012
STSJ Madrid 241/2015, de 18 de Marzo de 2015
STS (Sala 3ª) de 19 de Julio de 1997
STS (Sala 3ª) de 20 de octubre de 1987
STS (Sala 3ª) 15 de abril de 1988 –RJ 3072
STS (Sala 3ª) de 1 de diciembre de 1989 –RJ 8992
STS (Sala 3ª) de 3 de Enero de 1990 –RJ 154
SAN Sala Contencioso-Administrativo, sec 1ª, de 24 de Octubre de 2011
STSJ Madrid 304/2014, de 14 de Abril de 2014
STSJ Madrid 134/2015, de 19 de Febrero de 2015
STSJ Valencia 122/2015, de 18 de Diciembre de 2015
Dictamen núm. 142/2005, de 5 de Octubre del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha
Dictamen núm. 34/2006, de 15 de Marzo del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha
SAP. de Murcia de 30 de Septiembre de /2010 (recurso 425/2010)
Dictamen núm. 345/2013 de 30 de Julio de 2013 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STSJ Murcia 850/15, de 9 de Octubre de 2015
STSJ Castilla y León 741/2015, de 4 de Mayo de 2015
STS (Sala 3ª) de 23 de Marzo de 2011
STS (Sala 3ª) de 9 de Junio de 2009
STS (Sala 3ª) de 20 de Febrero de 2012
STS (Sala 3ª) de 20 de Septiembre de 2010
STS (Sala 3ª) de 7 de Octubre de 2011
STS (Sala 3ª) de 11 de Junio de 2012
STS (Sala 3ª) de 19 de Junio de 2012
Dictamen núm. 529/11, de 28 de Septiembre de 2011 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STS 19 de Junio de 2012 (Rec. Casación 579/2011)
STS 27 de Noviembre de 2012 (Rec. Casación 4981/2011)
STS 19 de Junio de 2012 (Rec. Casación 579/2011)
STS 27 de Noviembre de 2012 (Rec. Casación 4981/2011)
STS (Sala 3ª) de 27 de Noviembre de 2012
STSJ Castilla y León 2247/2015, de 8 de Octubre de 2015
STSJ Aragón 413/2008, de 26 de Junio de 2008
STSJ Asturias de 15 de Noviembre de 2012
STSJ Aragón de 22 de Octubre de 2015
STSJ Asturias 10 de Marzo de 2014
STSJ Madrid núm. 271/2015, de 9 de Abril de 2015
STSJ Asturias de 15 de Noviembre de 2012
STSJ Madrid núm. 397/2015, de 3 de Junio de 2015
STSJ Asturias núm. 769/2015, de 26 de Octubre de 2015
STS de 12 de Marzo de 2007
STSJ Asturias 769/2015, de 26 de Octubre de 2015
STSJ Castilla y León 2172/2015, de 30 de Septiembre de 2015

CAPÍTULO VI.-

Auto del TC 333/1997
Sentencia de la Corte Suprema de Japón de fecha 19 de junio de 1981
Islas Británicas en 1767, con ocasión del caso "*Slater versus Baker & Stapleton*"
EEUU 1905, Caso "*Mohr v. Williams*"
EEUU 1906, Caso "*Pratt versus David*"
EEUU 1913 Caso "*Rolater v. Strain*"
EEUU (1914) Caso "*Schloendorff versus Society of New York Hospital*"
EEUU (1957), Caso "*Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*"
EEUU (1960) Caso "*Natanson Vs. Kline*"
EEUU (1972) Caso "*Canterbury vs. Spence*"
EEUU (1982) caso "*Culver*" (1982)
STC 37/2011, de 28 de marzo
STS (Sala 3ª) de 26 de Mayo de 2015
STS (Sala 3ª) de 4 de Diciembre de 2009
STS (sala 1ª) de 7 de Junio de 2002
STS (Sala 1ª) de 21 Octubre de 2005
STS (Sala 1ª) de 23 de Mayo de 2007
STS (Sala 3ª) de 14 de Octubre de 2002
STS (Sala 3ª), de 9 de Octubre de 2012
STS (Sala 1ª) de 27 de Abril de 2001
STS (Sala 3ª) de 4 de abril de 2000
STS (Sala 1ª) de 4 de Diciembre de 2009
STSJ Madrid 723/2015, de 5 de Noviembre de 2015

STC 37/2011, de 28 de marzo
STSJ Madrid de 17 de Septiembre de 2015
STS (Sala 1ª) de 12 de Enero de 2001
STS (Sala 3ª) de 29 de Junio de 2010 (Rec. Casación 4637/2008)
STS (Sala 3ª) de 16 de Enero de 2007 (Rec. Casación 5060/2002)
STS (Sala 3ª) de 3 de Octubre de 2000
STS (Sala 3ª) de 19 de Septiembre de 2012
STS (Sala 3ª) de 4 de Abril de 2000
STS (Sala 1ª) de 27 de Abril de 2001
STS (Sala 1ª) de 12 de Enero de 2001
STS (Sala 1ª) de 17 de Abril de 2007
STSJ Madrid 35/2016, de 22 de Enero
SAP de Vizcaya 361/2012, de 28 de Junio de 2012
STSJ Castilla-León 1200/15, de 11 de Junio
STSJ Castilla-León de 10 de Noviembre de 1998
STSJ Castilla-León de 2 de Noviembre de 2002
STSJ Castilla-León 2537/2015, de 6 de Noviembre de 2015
STS (Sala 3ª) de 27 de Noviembre de 2000
Dictamen 207/2012, de 11 de Abril de 2012 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STSJ Madrid 199/2016, de 27 de Abril de 2016
STS (Sala 3ª) 7388/2012, de 13 de Noviembre
STSJ de Madrid núm. 40/2016, de 29 de Enero de 2016
STSJ Galicia núm. 854/2008 de 10 de Diciembre de 2008:
STS (Sala 3ª) de 19 de mayo de 2011, Rec. Casación 5067/2006
STSJ Madrid, 656/2012, de 20 de Septiembre de 2012
STSJ Madrid 31/2016, de 27 de Enero de 2016
Dictamen 358/13, de 4 de Septiembre de 2013 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STS (Sala 3ª) de 4 de Diciembre de 2012
Dictamen 65/12, de 1 de Febrero de 2012 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
Dictamen 127/15, de 25 de Marzo de 2015 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STSJ Baleares 348/2012 de 8 de Mayo
STS (Sala 3ª) en recurso para casación de unificación de doctrina, de 9 de Diciembre de 2015
STS (Sala 1ª) núm. 985/1997, de 10 de Noviembre. Recurso de Casación núm. 2985/1993.
STS (Sala 1ª) de 23 de octubre de 2008
STS (Sala 1ª) núm. 865/2001, de 27 de septiembre (recurso de casación núm. 1859/1996)
STC 37/2011, de 28 de marzo
STS (Sala 1ª) número 849/2000 de 26 de Septiembre de 2000 (recurso de casación núm. 4448/1997)
STS (Sala 3ª) de 24 de Julio de 2012
STS (Sala 3ª) Rec. Casación 8065/1995, de 4 de abril de 2000
STS(Sala 1ª) de 828/2003 de 8 de septiembre de 2003
STS (Sala 1ª) de 9 de Marzo de 2010
STS (Sala 3ª) de 26 de marzo de 2002
STS (Sala 3ª) de 25 abril 2005
STS (Sala 3ª) de 12 de Noviembre de 2010
STSJ Madrid 129/2008, de 7 de Febrero de 2008
STS (Sala 3ª) de 6 de Abril de 2011 (Rec. C. 4998/2006)
STS (Sala 3ª) de 2 de Octubre de 2012
STS (Sala 1ª) núm. 279/2012, de 16 de Enero de 2012
STS (Sala 3ª) de 25 de Abril de 2005
STS (Sala 1ª) 279/2012, de 16 de Enero de 2012
STS (Sala 3ª), de 25 de Abril de 2005
STS (Sala 1ª) de 4 de Marzo de 2011
STSJ Castilla La Mancha núm. 36/2016, de 4 de Enero de 2016
STS (Sala 1ª) Rec. Casación 948/2011, de 16 de Enero de 2012
STSJ Madrid núm. 676/2013 Sección nº 10, de 24 de Septiembre de 2013
STSJ Madrid núm. 510/2013, de 19 de Junio de 2013
STS (Sala 1ª) de 12 de enero de 2001
STS (Sala 1ª) de 11 de mayo de 2001
STS (Sala 1ª), de 27 de abril de 2001
STS (Sala 3ª) de 3 de octubre de 2000.
Dictamen núm. 430/15, de 30 de Septiembre de 2015 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STSJ Murcia 1034/2015, de 27 de Noviembre de 2015
STSJ Madrid 577/2015, de 17 de Septiembre de 2015
Dictamen núm. 285/2014, de 18 de Junio de 2014 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STS (Sala 3ª) de 4 de Diciembre de 1999
STS (Sala 1ª) de 21 diciembre 1998
STSJ Madrid 6 de Noviembre de 2015
STSJ de Madrid 825/2015, de 15 de Diciembre de 2015
STS (Sala 3ª) de 22 de Julio de 2014

STSJ Madrid de 18 de Octubre de 2012
STSJ Madrid 381/2014, de 14 de Mayo de 2014
STSJ Asturias 119/2016, de 26 de Febrero de 2016
Dictamen núm. 46/16, de 28 de Abril de 2016 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid
Dictamen núm. 61/13, de 27 de febrero de 2013 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
Dictamen núm. 96/14, de 5 de marzo de 2014 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STC 37/2011, de 28 de marzo
STSJ de Madrid de 11 de Febrero de 2015
STS (Sala 3ª) de 26 de Marzo de 2012.
Dictamen 358/13 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STSJ Madrid 332/2016, de 29 de Junio de 2016
STS de 10 de Febrero de 2009 (rec. casación 6997/2004),
STSJ Extremadura 285/2011, de 22 de Diciembre de 2011
STS (Sala 3ª) de 27 de Diciembre de 2011
STS (Sala 3ª) de 26 de marzo de 2012
STSJ Madrid núm. 656/2012, de 20 de Septiembre de 2012.
STS (Sala 3ª) de 4 de Abril de 2000
STSJ Madrid núm. 905/2014, de 22 de Diciembre de 2014
STSJ Madrid, 259/2014, de 21 de marzo de 2014
STSJM 430/2014, de 9 de junio de 2014
STSM 310/2014, de 11 de Abril de 2014
STSJ Madrid 710/2015, de 6 de Noviembre de 2015
STSJ Castilla La Mancha 129/2015, de 20 de Mayo de 2015
STSJ Madrid 825/2015, de 15 de Diciembre de 2015
STSJ Galicia 713/2015, de 16 de Diciembre de 2015
STS (Sala 3ª) de 13 de Noviembre de 2012, rec. 5283/2011
STSJM 709/2015, de 30 de Octubre de 2015
STS 2078/2012, de 23 de Marzo de 2012
STS (Sala 3ª) de 9 de Octubre de 2012 -Rec. Casación 5450/2011
STS (Sala 3ª) de 26 de Mayo de 2015 (Rec. C. 2548/2013
STSJ Castilla León 2/2016, de 7 de Enero de 2016
STS (Sala 3ª), de 2 de julio de 2010, recurso 2985/2006.
STSJ Madrid, de 19 de julio de 2000
STS (Sala 3ª) de 14 de Diciembre de 2010
STSJ de Castilla y León de 1 de octubre de 2010 (Rec. 540/2004).
Dictamen 278/2012, de 15 de Noviembre del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha
Consejo Consultivo de Canarias en su Dictamen 356/2014, de 9 de Octubre
STSJ Madrid núm. 1462/2009, de 20 de Octubre de 2009:
STSJ Canarias 259/2012, de 5 de Abril de 2013
Dictamen nº 278/2012, de 15 de noviembre del Consejo Consultivo Castilla-La Mancha
STS (Sala 3ª) de 9 de Octubre de 2012

CAPÍTULO VII.-

Dictamen 548/2013, de 19 de Noviembre de 2013 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STS (Sala 3ª) de 14 de Junio de 1990.
STS (Sala 3ª) de 4 de Abril de 1989.
SJCA nº 14 de Madrid 226/2015, de 2 de Junio.
STS (Sala 3ª) núm. 248/2011, de 4 de abril.
STS (Sala 3ª) de 15 de junio de 2011
SAP Burgos 218/2010, de 14 de julio
SAP Salamanca 131/2009, de 23 de octubre.
SAP Madrid 129/2006, de 24 de marzo.
STS (Sala 3ª) de 29 de Noviembre de 1990
STS (Sala 3ª) de 21 de Enero de 1991
STS (Sala 3ª) sec. 6ª, de 10 de Noviembre de 1998
STS (Sala 3ª) de 9 de febrero de 2002
STS (Sala 3ª) de 24 de enero de 1997
STS (Sala 3ª) de 19 de abril de 1997
STS (Sala 3ª) de 31 de mayo de 1997
STS (Sala 3ª) de 14 de febrero de 1998
STS (Sala 3ª) de 14 de marzo de 1998
STS (Sala 3ª) de 30 de junio de 1998
STS (Sala 3ª) de 10 de noviembre de 1998
STS (Sala 3ª) de 28 de noviembre de 1998
STS (Sala 3ª) de 13 de febrero de 1999
STS (Sala 3ª) de 20 de febrero de 1999
STS (Sala 3ª) de 13 de marzo de 1999

STS (Sala 3ª) de 29 de marzo de 1999
STS (Sala 3ª) de 29 de mayo de 1999
STS (Sala 3ª) de 12 de Junio de 1999
STS (Sala 3ª) de 26 junio de 1999
STS (Sala 3ª) de 17 de julio de 1999
STS (Sala 3ª) de 24 de julio de 1999
STS (Sala 3ª) de 30 de octubre de 1999
STS (Sala 3ª) de 27 de diciembre de 1999
STS (Sala 3ª) de 5 de febrero de 2000
STS (Sala 3ª) de 18 de marzo de 2000
STS (Sala 3ª) de 13 de noviembre de 2000
STS (Sala 3ª) de 27 de octubre de 2001
STS (Sala 3ª) de 31 de diciembre de 2001
STS (Sala 3ª) de 9 de febrero de 2002
STS (Sala 3ª) de 5 de febrero de 2007
STS (Sala 1ª) de 10 de Febrero de 2006
STS (Sala 3ª) de 7 de febrero de 1962
STS (Sala 1ª) de 25 de marzo de 1991.
STS (Sala 1ª) de 25 de marzo de 1991.
STS (Sala 1ª) de 20 de junio de 2003
STS (Sala 3ª) núm. 8109/2012, de 3 de diciembre, en recurso de unificación de doctrina
STS (Sala 3ª) de 23 de Febrero de 1988
STSJ Madrid (Sala 10ª) núm. 45/2016, de 5 de Febrero de 2016
STSJ Madrid de 17 de Septiembre de 2015
Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 198/2015, de 22 de Abril de 2015
STS (Sala 1ª) de 26 de Marzo de 1997
STSJ Castilla y León de 30 de Septiembre de 2015 (Sala Contencioso-Administrativo)
STSJ Andalucía (Sala Contencioso-Administrativo) de 26 de Octubre de 2015
STSJ Andalucía (Sala Social) de 30 de Septiembre de 2015.
STC 181/2000, de 29 de Junio
STS (Sala 1ª) de 20 de junio de 2003
STS (Sala 1ª) de 22 de Julio de 2004
STS (Sala 1ª) de 2 de marzo de 2006.
STS (Sala 1ª) de 16 de Diciembre de 2013
STS (Sala 1ª) de 15 de Octubre de 2012
STS (Sala 3ª) de 17 de Julio de 2007
STS (Sala 3ª) de 15 de abril de 2005.
STS (Sala 2ª) de 20 de Febrero de 2013
STS (Sala 2ª) de 10 de abril 2000.
STS (Sala 3ª) de 17 de Abril de 1997
STS de 21 de Abril de 1998 (rec. casación 7223/1993)
STS de 28 de junio de 1999 (rec. Casación 3740/1995)
STS de 30 de Octubre de 2000 (rec. Casación para la unificación de doctrina núm. 8549/1999)
STS (Sala 3ª) de 25 de Marzo de 2004
STS (Sala 3ª) de 2 de marzo de 2004.
STS (Sala 3ª) 3301/2012, de 16 de mayo de 2012: Ponente, Sr. Marti García
STS (Sala 1ª) 237/2011, de 13 de Abril.
STSJ Madrid 631/2014, de 12 de septiembre de 2014
STS 17 de Julio de 2007, Rec. 4367/05.
SAN de 12 de Febrero de 1997
SAN de 30 de abril de 1997
SAN de 15 de octubre de 1997
SAN de 20 de mayo de 1998
SAN de 17 de marzo de 1999
STS (Sala 1ª) 696/2012, de 14 de noviembre
STS (Sala 1ª) núm. 906/2011, de 30 de Noviembre
STS (Sala 3ª) de 12 de mayo de 1997
STS (Sala 3ª) de 20 de febrero de 1999
STS (Sala 3ª) de 28 de junio de 1999
STS (Sala 3ª) de 3 de octubre de 2000
STS (Sala 3ª) de 27 de diciembre de 2000
Dictamen Consejo Estado nº 692/99, de 25 de marzo
Dictamen núm. 46/16, de 28 de Abril de 2016 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid
STS (Sala 3ª) de 4 de Noviembre de 2005
STS (Sala 3ª) de 3 de Diciembre de 1979
STS (Sala 3ª) de 18 de Febrero de 1980
STSJ Madrid 107/2015, de 11 de Febrero de 2015
STS (Sala 2ª) de 8 de mayo de 1987

STS (Sala 2ª) de 29 de abril de 1988
STS (Sala 2ª) de 18 de abril de 1989
STS (Sala 2ª) de 22 de diciembre de 1990
STS de 11 de junio de 1923
STS (Sala 1ª) de 26 de marzo de 1997
STS Sala 1ª del TS de 26 de Marzo de 1995
STS (Sala 3ª) núm. 1210/2012 N° de Recurso: 527/2010
STS (Sala 1ª) de 25 de Septiembre de 2013
STSJ Madrid 896/2013, de 17 de Diciembre de 2013
STS (Sala 3ª) de 14 de Diciembre de 2014 en Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina 2499/2013
STS (Sala 1ª) de 10 de Febrero de 2006
STS (Sala 3ª) de 2 febrero 1980
STS (Sala 3ª) de 29 enero 1986
STS (Sala 3ª) de 4 abril 1989
STS (Sala 3ª) de 26 octubre 1993
Dictamen núm. 548/2013, de 19 de Noviembre de 2013 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STS (Sala 3ª) núm. 3858/2012, de 11 de Junio de 2012
STS (Sala 3ª) núm. 6244/2011, de 7 de octubre de 2011
STS (Sala 3ª) de 23 de Marzo de 2010
STS (Sala 3ª) de 11 de Marzo de 2011
Dictamen núm. 530/2013, de 12 de Noviembre de 2013 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STS (Sala 3ª) de 14 de mayo de 1993
STS (Sala 3ª) de 22 de mayo de 1993
STS (Sala 3ª) de 22 de enero de 1994
STS (Sala 3ª) de 29 de enero de 1994
STS (Sala 3ª) de 2 de julio de 1994
STS (Sala 3ª) de 11 de febrero de 1995
STS (Sala 3ª) de 23 de febrero de 1995
STS (Sala 3ª) de 9 de mayo de 1995
STS (Sala 3ª) de 9 de junio de 2009
STS (Sala 3ª) de 25 de septiembre de 2001
STS (Sala 3ª) de 9 de Octubre de 2001
STS (Sala 3ª) de 19 de Octubre de 1990
STS (Sala 3ª) de 18 de julio de 1996
STS (Sala 3ª) de 14 de julio de 2000
STS (Sala 3ª) de 15 de Marzo de 2001
STS (Sala 3ª) de 21 de Diciembre de 2006
STS (Sala 3ª) de 5 abril de 2006
STS (Sala 3ª) de 9 de junio de 2006
STS (Sala 3ª) de 13 de junio de 2006
STS (Sala 3ª) de 19 de Julio de 2011 (recurso casación 353/2010)
STS (Sala 3ª) núm. 7878/2012 de 27 de Noviembre de 2012
STS (Sala 3ª) de 22 de Octubre de 2001
STS (Sala 3ª) de 4 de Febrero de 2005
STS (Sala 3ª) de 20 de Junio de 1996
STS (Sala 3ª) de 5 de Febrero de 2000
STSJM 304/2014, de 14 de Abril de 2014
SJCA nº 14 de Madrid, 226/2015, de 2 de Junio de 2015
STS (Sala 3ª) de 3 de Enero de 1990
STSJ Madrid núm. 895/2011 de 25 de Octubre de 2011
Dictamen núm. 345/13, de 30 de Julio de 2013 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STSJ País Vasco 319/2015, de 22 de Mayo de 2015
STSJ Asturias de 11 de Abril de 2016,
Dictamen núm. 60/2016 de 5 de Mayo de 2016 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid
STS (Sala 3ª) de 3 de Diciembre de 1983
STS (Sala 3ª) de 16 de Julio de 1984
Dictamen núm. 384/2013 de 18 de Septiembre de 2013 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STC 116/1986, de 8 de Octubre
STC 13/1987 de 5 de Febrero
STC 171/1985, de 17 de diciembre
STC 119/2003, de 16 de junio
STC 196/2005, de 18 de julio
STS (Sala 3ª) de 7 de Julio de 2004
STS (Sala 3ª) de 21 de Marzo de 2002

STS (Sala 3ª) de 14 de Mayo de 2002
STC 184/1998, de 28 de septiembre
STC 100/1999, de 31 de mayo
STC 165/1999, de 27 de septiembre
STC 80/2000, de 27 de marzo
STC 210/2000, de 18 de septiembre
STC 220/2000, de 18 de septiembre
STC 32/2001, de 12 de Febrero
STC 174/1987, de 3 de noviembre
STC 13/1987, de 5 de febrero
STC 42/2004, de 23 de marzo
STC 55/2003, de 24 de marzo
STC 311/2005, de 12 de Diciembre
STSJM 381/2014, de 14 de Mayo de 2014
STS (Sala 3ª) de 20 de Enero de 1998
Dictamen núm. 496/2011, de 14 de Septiembre de 2011 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
Dictamen núm. 500/11, de 14 de Septiembre de 2011 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid
STSJ Madrid de 26 de Marzo de 2014
Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Móstoles, 3 de Enero de 2014
STSJ Madrid de 28 de Marzo de 2014
STS (Sala 3ª) de 2 de Enero de 2012
STS (Sala 3ª) de 14 de Diciembre de 2010, recurso de casación 1633/2008
STS (Sala 3ª) de 27 de Junio de 2008
STS (Sala 3ª) de 21 de marzo de 2007 (recurso 7394/2002).
STS (Sala 3ª) de 13 de Noviembre de 2012 (Rec. Casación 5238/2011)
STS (Sala 3ª) de 27 de Abril de 2015 (Rec. Casación 2114/2013)
STS (Sala 3ª) de 20 de Julio de 1996 (Rec. Casación 2297/1994)

RELACION DE ANEXOS

Anexo 1.- Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid núm. 250/12 de 25 de Abril de 2012.

Anexo 2.- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 135/2015, de 19 de Febrero de 2015.

Anexo 3.- Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid núm. 530/2013, de 12 de Noviembre de 2013.

Anexo 4.- Borrador de informe sobre propuestas de “Baremo para la determinación de indemnizaciones por daños derivados de actividades en el ámbito sanitario” del Ministerio de Sanidad.

Dictamen n^o: **250/12**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Sección: **III**
Ponente: **Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez**
Aprobación: **25.04.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid emitido por mayoría en su sesión de 25 de abril de 2012, según consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f) de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido en nombre de F.L.N., sobre secuelas derivadas de intervención quirúrgica practicada en el Hospital de La Princesa, en Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 24 de febrero de 2010 tuvo entrada en el Registro del Servicio Madrileño de Salud, escrito presentado por la Letrada del ICAM N.C.L. en nombre de F.L.N., en adelante “*el reclamante*”, por los perjuicios ocasionados a su difunta madre, M.N.S., tras la realización de una cirugía programada de cadera izquierda en octubre de 2008, en el Hospital Universitario La Princesa.

En su escrito el reclamante ponía de manifiesto cómo, el 10 de octubre de 2008, se practicó a su madre una cirugía programada de cadera izquierda en el Hospital Universitario La Princesa, con la finalidad de colocarle una prótesis total de cadera izquierda. Después de la operación, sufrió con fechas 14 de octubre, 18 de noviembre y 8 de diciembre de

2008 y 19 de enero de 2009, sendas luxaciones de la prótesis de la cadera izquierda, que requirieron para su tratamiento de las correspondientes intervenciones quirúrgicas. Asimismo, a partir del 16 de octubre de 2008, comenzó a sufrir dolores en el talón y miembro inferior izquierdo, que derivó, el 18 de febrero de 2009, en una gangrena en el pie izquierdo, dando lugar a la amputación del supracolíndea del miembro inferior izquierdo el día 20 de febrero.

Adjuntaba a su escrito dictamen de un Gabinete de Valoración del daño corporal, realizado en Madrid el 20 de noviembre de 2009, en que se apuntaba a la impericia de la técnica quirúrgica practicada a la madre del reclamante como causa de las sucesivas luxaciones de la prótesis. Asimismo, se refiere a la lesión del nervio ciático, originado en la falta de cuidado y adecuado tratamiento del personal médico, y a la amputación del miembro inferior izquierdo, a consecuencia del empecinamiento en soluciones médicas equivocadas.

A consecuencia de lo anterior, solicitaba la indemnización de estos conceptos: a) daños físicos, consistentes en 1) 327 días de impedimento para el desempeño de sus ocupaciones habituales (20.797,96€); 2) secuelas consistentes en amputación de fémur unilateral a nivel diafisario o de la rodilla (52.743€), nervio ciático (38.511,20€) y perjuicio estético considerable (22.244,32€); 3) daños morales complementarios (60.000€) y 4) invalidez permanente total (60.000€). La cantidad total reclamada ascendía a 254.296,48€. Se refería, asimismo, a los gastos derivados del fallecimiento de la madre del reclamante, ocurrido el 31 de enero de 2010, anticipando la intención de cuantificarlos en cuanto fuera posible.

Concluía su escrito incorporado fundamentación jurídica relativa a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en que,

entre otras circunstancias, se aludía a la falta de consentimiento informado previo a cada una de las intervenciones quirúrgicas realizadas a su madre.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo, incluida la historia clínica de la madre del reclamante, ha puesto de manifiesto los siguientes hechos:

M.N.S., madre del reclamante, afectada por coxartrosis, fue sometida el 10 de octubre de 2008 en el Hospital Universitario de La Princesa, a una cirugía programada con el objeto de implantarle una prótesis total de la cadera izquierda.

El 14 de octubre se le produjo una luxación de la prótesis de cadera. En el Hospital Universitario de La Princesa se le realizó una reducción cerrada.

El 3 de noviembre se le traslada al Hospital A para continuar el tratamiento rehabilitador, siendo dada de alta el día 11 del mismo mes.

El 18 de noviembre de 2008 sufrió una segunda luxación de la prótesis de cadera izquierda. Se le volvió a practicar una reducción cerrada bajo anestesia general.

El 20 de noviembre fue intervenida para recambio de la cabeza femoral, dándosele de alta el 28 de noviembre.

El 8 de diciembre de 2008 se le produjo la tercera luxación de la prótesis de cadera izquierda. Nuevamente se le hubo de realizar una reducción cerrada en quirófano bajo anestesia general.

El 19 de diciembre volvió a entrar a un quirófano, para la revisión de la prótesis, siendo dada de alta el 29 de diciembre.

El 19 de enero de 2009 tuvo lugar una cuarta luxación de prótesis total de cadera. En el Hospital de Móstoles se le practicó una reducción cerrada bajo anestesia general y limpieza (desbridamiento) quirúrgico de escaras.

El 20 de enero de 2009, un TAC de miembro inferior izquierdo puso de manifiesto exceso de anteversión del cuello femoral. Se decidió una nueva intervención, con cambio de los componentes de la prótesis. El 11 de febrero de 2009 recibe el alta.

El 18 de febrero de 2009 ingresa en el Hospital Universitario de La Princesa por "gangrena en pie izquierdo que deja al descubierto el calcáneo". El 20 de febrero, debido a una isquemia irreversible del miembro inferior izquierdo por obstrucción de la arteria femoral superficial, se realiza una amputación supracondílea del miembro inferior izquierdo.

Todavía en vida de la madre del reclamante, un informe médico de valoración del daño corporal, suscrito por un facultativo de la empresa B, Gabinete de Valoración del Daño Corporal, manifestaba la existencia de negligencia médica en la práctica de las intervenciones quirúrgicas, estableciendo una relación causa-efecto entre aquella y los perjuicios que le habían sido ocasionados en cuanto a la amputación del fémur, la parálisis del nervio ciático y un perjuicio estético considerable.

La madre del reclamante falleció el 31 de enero de 2010.

SEGUNDO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación se ha instruido procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los

Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP).

A tenor de lo previsto en el artículo 10.1 RPRP, se ha requerido informe de diversos facultativos del Hospital de Móstoles: del Jefe de Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, de 9 de abril de 2010; de dos F.E.A. de Traumatología, de 14 y 15 de abril de 2010, respectivamente, y del Jefe de Servicio de Neurofisiología, de 21 de abril de 2010. En cuanto al personal médico del Hospital Universitario de La Princesa, se ha requerido informe de la Supervisora de Traumatología, de 22 de abril de 2010, y del Jefe de Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, de 23 de abril de 2010.

Del mismo modo, se recabó informe de la Inspección Sanitaria, en que, con fecha 25 de octubre de 2010, se hacen constar las siguientes consideraciones médicas y juicio crítico:

“En relación a la información dada al paciente y falta de consentimiento informado:

(...) Hospital de La Princesa. Las actuaciones no se ajustaron a la lex artis. Técnicamente, como se evidenció mas tarde en el Hospital de Móstoles, la repetición de las luxaciones se debía a una malposición de los componentes, especialmente a un exceso de anteversión del cuello femoral, y consiguiente inestabilidad de la articulación. No consta documento el Consentimiento Informado de la paciente.

Hospital de Móstoles. Las actuaciones se ajustan a la lex artis. Técnicamente el defecto en la articulación fue identificado y corregido adecuadamente. La articulación no volvió a luxarse. La paciente fue informada del procedimiento y sus riesgos formalizando su aceptación mediante la firma del documento de Consentimiento Informado.

En relación a la lesión del nervio ciático:

(...)El riesgo de lesión neurológica era conocido previamente a la intervención. Se trata de una complicación que, como bien dice el reclamante, "En más de la mitad de los casos se desconoce su etiología". Los hechos acreditados en la HC, incluido el protocolo quirúrgico, no permiten dudar de la pericia y corrección con la que se realizó la operación. En este caso existían factores objetivos (tejido cicatricial, edad, sexo, que incrementan el riesgo)."

En relación al desarrollo y tratamiento de las úlceras por presión:

(...)La asistencia se ajustó a la lex artis tanto en el H. de la Princesa como en el H. de Móstoles. Durante los ingresos fue tratada según protocolo específico para este tipo de lesiones. A pesar de que al alta se informa de las normas de cuidado, la paciente reingresa en todas las ocasiones con agravamiento de las lesiones."

En relación a la isquemia arterial y amputación supracondílea del Miembro Inferior Izquierdo:

La actitud se ajustó a la lex artis.

Conclusiones

La asistencia quirúrgica en el Hospital de la Princesa no se ajustó a la lex artis.

La asistencia en el Hospital de Móstoles se ajustó a la lex artis.

El cuidado de las úlceras y la amputación se realizaron según la lex artis".

Asimismo, se ha aportado al procedimiento a iniciativa de la Compañía C, dictamen pericial de valoración de daños corporales, en que se

cuantifica el importe indemnizable por los daños ocasionados a la madre del reclamante en 64.183,54 euros.

Abierto el trámite de audiencia, el reclamante presentó escrito de alegaciones con fecha 9 de agosto de 2011. En él, además de poner de manifiesto que parte de la Historia Clínica incluida en el expediente administrativo pertenecía a otros pacientes, insistía en la mala praxis de las intervenciones quirúrgicas realizadas a su madre y en la falta de consentimiento previo informado a su práctica.

Practicada la audiencia, la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria formuló propuesta de resolución, de 10 de febrero de 2012, en que sugiere al órgano competente para resolver la estimación parcial de la reclamación, reconociendo al reclamante el derecho a ser indemnizado en la cantidad de 64.183,54 euros, según el informe de valoración de daños aportado al procedimiento administrativo por la compañía C. Ello, al considerar que la asistencia sanitaria dispensada a la madre del reclamante en el Hospital Universitario de La Princesa en las intervenciones quirúrgicas para la implantación de la prótesis de cadera izquierda y sucesivas luxaciones de prótesis de cadera, no se adecuaron al principio de la *lex artis*, de conformidad con el criterio de la Inspección Médica, al haberse producido una mal posición de los componentes y, en particular, un exceso de anteversión del cuello femoral.

TERCERO.- El Consejero de Sanidad, mediante Orden de 6 de marzo de 2012, que ha tenido entrada en el Registro del Consejo Consultivo el 14 de marzo del mismo año, formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por el trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, en Comisión Permanente de este Consejo

Consultivo, en su sesión de 25 de abril de 2012, por ocho votos a favor y el voto en contra del Presidente, que formula el voto particular recogido a continuación del dictamen.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía indeterminada y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

SEGUNDA.- Por su trascendencia en el caso examinado, trataremos en consideración jurídica específica el aspecto relativo a la legitimación activa del reclamante.

En cuanto a la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, concurre en ella en cuanto titular del centro sanitario a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tenor del artículo 142.5 LRJAP, que se contarán, en caso de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o determinación del alcance de las secuelas. La doctrina de la Sala Tercera

del Tribunal Supremo, entre otras muchas ocasiones, en reciente sentencia de 22 de febrero de 2012, recurso de casación 608/2010, recuerda que *“la fecha inicial para contar el plazo de prescripción del artículo 142, apartado 5, de la Ley 30/1992, tratándose de daños físicos o psíquicos en las personas, es la de la curación o aquella en la que se conoce el alcance de las secuelas, esto es, cuando se estabilizan los efectos lesivos y se conoce definitivamente el quebranto de la salud”*.

En el caso sujeto a examen, en fecha anterior en menos de un año a la reclamación no se habían determinado plenamente las secuelas que, según el reclamante, se derivaron de la defectuosa asistencia sanitaria prestada a la madre del reclamante, pues la amputación del miembro inferior izquierdo le fue realizada el 10 de marzo de 2010; en cambio, la reclamación se formuló el 9 de marzo de 2011.

TERCERA.- Como ya se ha anticipado, resulta relevante examinar la legitimación activa del reclamante para efectuar la reclamación cuya formulación constituye causa mediata del actual dictamen.

Tenemos que, en nuestro caso, la solicitud indemnizatoria ha sido formulada por un hijo de la paciente que, a tenor de lo reconocido por el Informe de Inspección, fue víctima de una defectuosa asistencia sanitaria por los servicios sanitarios de salud de la Comunidad de Madrid. Es fundamental fijarse en el tipo de daños cuyo resarcimiento pretende el reclamante. Los perjuicios a que se refiere la solicitud indemnizatoria consisten, según se deduce con toda claridad del escrito inicial de reclamación cuyo resumen hemos hecho en el antecedente de hecho primero, en la indemnización de lo que el reclamante denomina *daños físicos y morales* a su difunta madre. Dentro de esas categorías, agrupa la petición de resarcimiento de los días de baja o impedimento; las secuelas físicas consistentes en la amputación del miembro inferior izquierdo,

afectación del nervio ciático y perjuicio estético; los daños morales complementarios y la indemnización por invalidez permanente total.

De la relación anteriormente referida, se puede colegir sin dificultad que los conceptos indemnizatorios instados por el reclamante se refieren a daños, físicos y morales, irrogados a su madre. Ésta, según refiere también con precisión el escrito de reclamación, había fallecido con anterioridad a su interposición.

Este Consejo Consultivo, a lo largo de su tiempo de funcionamiento, ha ido distinguiendo el tratamiento de diversos supuestos en que el fallecimiento del perjudicado por la asistencia sanitaria pretendidamente deficiente de los servicios públicos de salud, requería plantearse si, quienes efectuaban la reclamación o al menos concurrían al procedimiento de un modo sobrevenido, ostentaban legitimación para pretender el resarcimiento de los perjuicios causados.

Así, hemos reconocido el derecho (y legitimación activa, por consiguiente) de los herederos, siempre que acreditaran cumplidamente tal condición, para reclamar el resarcimiento de los gastos surgidos para el tratamiento de la enfermedad del difunto (Dictamen 648/11).

Del mismo modo, es recurrente nuestra doctrina en torno a la legitimación de quienes estén ligados por un vínculo de parentesco, afectividad o convivencia con el finado, para reclamar en propio nombre los daños morales que les haya producido una defectuosa asistencia sanitaria (por todos, cfr. el Dictamen 355/10).

Y nos hemos referido también, como otro de los supuestos más frecuentes, a la legitimación de los herederos para sustituir al reclamante/perjudicado directamente por la deficiente asistencia sanitaria prestada, cuando su fallecimiento se produce después de interpuesta la

reclamación, entretanto se tramita el procedimiento para, en su caso, su reconocimiento (Dictamen 623/11).

Como puede apreciarse, en esta relación, que en modo alguno pretende ser exhaustiva, de los supuestos más frecuentes en que suele reconocerse legitimación de quienes no fueron perjudicados en carne propia por la asistencia sanitaria, en virtud de un vínculo concurrente con el perjudicado directo ya fallecido, no figura la referencia a la solicitud de indemnización de los perjuicios físicos y morales causados al paciente, cuando éste haya fallecido antes de la reclamación.

Y es que, a diferencia de los casos anteriormente resumidos, no puede reconocerse legitimación a terceras personas para reclamar los perjuicios irrogados al paciente, cuando éste haya fenecido antes de interponer la reclamación. Así lo hemos señalado en anteriores ocasiones, en particular en el Dictamen 596/11. En éste, distinguíamos entre la reclamación a título propio de los perjuicios ocasionados a los familiares del paciente por la defectuosa asistencia médica prestada, de los daños sufridos por el finado, que deben reputarse de carácter personalísimo y, en consecuencia, no susceptibles de transmisión *mortis causa*.

En el sentido expuesto se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 15 de marzo de 2011, al afirmar la *falta de legitimación activa de las reclamantes -viuda e hijo del paciente fallecido- para reclamar por las secuelas y daños sufridos por su marido y padre si este no lo hizo ya que la reclamación de indemnización por secuelas es un derecho de carácter personalísimo y, por lo tanto, no es transmisible mortis causa, ni los hijos del fallecido tienen el carácter legal de perjudicados pues no cabe el derecho a una indemnización que no era debida a su padre, en tanto éste, en vida, por el motivo que fuera, no*

consideró procedente solicitarla. En suma, la indemnización por razón de secuelas deriva de los padecimientos o sufrimientos personales del paciente y, por lo tanto, constituye un daño moral resarcible económicamente a la persona afectada, pero como ésta no lo reclamó y no se llegó a declarar su derecho a dicha indemnización nada podía transmitir al respecto y sucesoriamente, a sus herederos. Por el contrario, si el paciente hubiese reclamado una indemnización por las secuelas y muere durante el desarrollo del proceso, sus herederos podían continuarlo hasta su terminación. Pero en tal caso se estaría transmitiendo la pretensión procesal, dando lugar a la sucesión procesal por muerte prevista en el art. 16 LEC, y no el derecho subjetivo fundamento de la pretensión que es lo que las reclamantes han intentado aquí, y que no puede transmitirle porque tal derecho se extinguió con la muerte del paciente... ”.

De esta forma, fallecida una persona, se extingue su personalidad jurídica y, por tanto, no puede nacer en su favor una pretensión de resarcimiento del daño, es decir, de ningún daño material por su muerte o moral por los padecimientos experimentados como consecuencia de sufrir la enfermedad. Esa acción personalísima la hubiera podido ejercer en vida quien padeció ese daño moral e, incluso, se podría aceptar la sucesión en la reclamación si hubiera muerto antes de concluido el procedimiento administrativo para la declaración de la responsabilidad patrimonial. Por el contrario, no cabe reconocer legitimación activa para reclamar *ex novo*, una vez fallecido el paciente, la indemnización de los perjuicios físicos o morales que a aquél le fueron irrogados.

En atención a lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación por responsabilidad patrimonial objeto del presente dictamen, al no concurrir legitimación activa en quien la ejercita.

A la vista de lo dictaminado, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3. 7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento orgánico del Consejo Consultivo.

**VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA AL
PRESENTE DICTAMEN EL PRESIDENTE DEL CONSEJO
CONSULTIVO, D. MARIANO ZABÍA LASALA.**

«El dictamen 250/12, aprobado por el Consejo Consultivo en fecha 25 de abril de 2012 del que respetuosamente disiento, parte de una consideración que, a mi juicio, contiene dos criterios interpretativos difícilmente sostenibles en Derecho.

La primera cuestión que me lleva a disentir de la argumentación y de las conclusiones del dictamen objeto de este voto particular es la confusión que en el mismo se desliza entre el carácter personalísimo del bien o derecho que sufre el daño y el carácter o la naturaleza estrictamente patrimonial del derecho al resarcimiento por el daño causado.

Dice, en concreto, el dictamen, que *“no puede reconocerse legitimación a terceras personas para reclamar los perjuicios irrogados al paciente cuando éste haya fenecido antes de interponer la reclamación. Así lo hemos señalado en anteriores ocasiones, en particular en el Dictamen 596/11. En éste distinguíamos entre la reclamación a título propio de los perjuicios ocasionados a los familiares del paciente por la defectuosas asistencia médica prestada, de los daños sufridos por el finado, que deben reputarse de carácter personalísimo y, en consecuencia, no susceptibles de transmisión mortis causa”*.

Esta argumentación supone una transcripción casi literal de los argumentos plasmados en la Sentencia de la Sección 8ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 15 de marzo de 2011 que afirma la *“falta de legitimación activa de las reclamantes –viuda e hijo del paciente fallecido– para reclamar por las secuelas y daños sufridos por su marido y padre si éste no lo hizo ya que la reclamación de indemnización por secuelas es un derecho de carácter personalísimo y, por lo tanto, no es transmisible mortis causa, ni los hijos del fallecido tienen el carácter legal de perjudicados pues no cabe el derecho a una indemnización que no era debida a su padre, en tanto éste, en vida, por el motivo que fuera, no consideró procedente solicitarla. En suma, la indemnización por razón de secuelas deriva de los padecimientos o sufrimientos personales del paciente y, por lo tanto, constituye un daño moral resarcible económicamente a la persona afectada, pero como ésta no lo reclamó y no se llegó a declarar su derecho a dicha indemnización nada podía transmitir al respecto y sucesoriamente, a sus herederos. Por el contrario, si el paciente hubiese reclamado una indemnización por las secuelas y muere durante el desarrollo del proceso, sus herederos podían continuarlo hasta su terminación. Pero en tal caso se estaría transmitiendo la pretensión procesal, dando lugar a la sucesión procesal*

por muerte prevista en el art. 16 LEC, y no el derecho subjetivo fundamento de la pretensión que es lo que las reclamantes han intentado aquí, y que no puede transmitirle porque tal derecho se extinguió con la muerte del paciente”

La idea que subyace en dicho razonamiento es que el daño corporal y moral son tan personales que no pueden trascender a quien los padece y, por tanto, la reclamación de indemnización por tales daños es intransmisible. Como el bien o derecho dañado está fuera del comercio de los hombres, no cabe que su resarcimiento se transmita ni *inter vivos* ni *mortis causa*. Pero esta postura confunde el régimen jurídico de un derecho personalísimo con el del resarcimiento de los daños causados por haber sido lesionado un derecho tal. Naturalmente, los derechos de la personalidad no son transmisibles a los herederos, pero el crédito resarcitorio nacido de un daño a la integridad física y moral constituye un derecho subjetivo de carácter patrimonial que se trasmite, como otros muchos, a los herederos.

De este modo, cuando la víctima de un daño no patrimonial (biológico o moral) muere sin haber ejercido el derecho a reclamar por dicho daño y éste no ha prescrito, ese derecho al resarcimiento, adquirido por el *de cuius* en el momento en que se produjo el hecho lesivo, se transmite *mortis causa* a sus herederos. El derecho al resarcimiento por el daño corporal o moral no es un derecho de carácter personalísimo, sino un derecho de crédito como cualquier otro. Por ello, no tiene sentido afirmar que la reclamación de la indemnización por tales daños es un derecho de carácter personalísimo y que, en consecuencia, no es transmisible *mortis causa*. Lo que tiene carácter personalísimo y es intransmisible es el bien o derecho que sufre el daño o menoscabo, pero no el crédito resarcitorio que surge como consecuencia de dicho daño, el cual, dada la finalidad del instituto de la responsabilidad, tiene una función resarcitoria o reparadora,

en cuanto que tiende a sustituir la utilidad perdida o el daño sufrido por un equivalente económico.

En nuestro ordenamiento sólo el artº 6 de la L.D. 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen establece una norma distinta, una excepción contenida en una Ley especial que constituye una confirmación de la regla general, según la cual los créditos resarcitorios, en cuanto créditos patrimoniales, son transmisibles *mortis causa*, aunque el perjudicado no los hubiera ejercitado pudiéndolo hacer.

El segundo error en que, a mi juicio, incurre tanto el dictamen del que disiento como la sentencia en la que se apoya, estriba en considerar que, a pesar del carácter personalísimo que, a juicio de la mayoría de la que discrepo, tiene el derecho al resarcimiento por los daños personales (físicos o morales), éste podría transmitirse si el causante lo hubiese ejercido en vida, falleciendo en el curso del procedimiento administrativo o jurisdiccional.

“Esta acción personalísima” –dice literalmente el dictamen del que discrepo– “la hubiese podido ejercer en vida quien padeció ese daño moral e, incluso, se podría aceptar la sucesión en la reclamación, si hubiera muerto antes de concluido el procedimiento administrativo para la declaración de la responsabilidad patrimonial. Por el contrario, no cabe reconocer legitimación activa para reclamar ex novo, una vez fallecido el pariente, la indemnización de los perjuicios físicos o morales que a aquél le fueron irrogados”

Tras esta argumentación parece latir la idea, a mi juicio errónea, de que el derecho al resarcimiento nace cuando el mismo se declara o cuando se ejerce la acción para reclamarlo, siendo claro, entiendo, que el derecho al resarcimiento nace en el momento en el que el daño se produce, no

considerando necesario extenderme ahora sobre las razones que avalan este planteamiento, dado que el dictamen del que discrepo nada dice expresamente sobre este punto.

Sí considero necesario, sin embargo, poner de relieve la contradicción que supone afirmar simultáneamente el carácter personalísimo del derecho al resarcimiento por el daño causado a un bien o derecho de carácter físico o moral y su transmisibilidad *mortis causa*, cuando –eso sí– se hubiese ejercitado previamente la acción por el causante. A juicio de la sentencia en la que se apoya el dictamen del que discrepo, esto sería así porque “*en tal caso, se estaría transmitiendo la pretensión procesal, dando lugar a la sucesión procesal por muerte prevista en el art. 16 LEC y no el derecho subjetivo fundamento de la pretensión, que es lo que los reclamantes han intentado aquí, y que no puede transmitirle porque tal derecho se extinguió con la muerte del paciente...*”.

Como ya he indicado anteriormente, la aplicación del art. 16 LEC en el supuesto del derecho al resarcimiento por daño corporal o moral no resulta coherente con el punto de partida de esa tesis: el carácter personal e intransmisible de dicho derecho. Si el bien o derecho lesionado constituye un derecho personalísimo y se considera, como hace la referida sentencia, que el derecho al resarcimiento tiene esa misma naturaleza, debería concluirse que tal derecho se extingue con la muerte de su titular y no puede ser transmitido a su herederos, por lo que no puede tener lugar la sucesión procesal prevista en la LEC. Con la alusión a que lo que se transmite es la pretensión procesal, se olvida que ésta, entendida como la afirmación de una o varias acciones, constituye el objeto mismo del proceso y que el propio art. 16 LEC establece, precisamente, que no cabe la sucesión procesal cuando lo que es objeto del juicio o proceso no es transmisible *mortis causa*.

Los derechos personalísimos no se transmiten a los herederos y, por tanto, en aplicación estricta del art. 16 de la LEC, no cabe la sucesión procesal, lo que llevaría a la extinción del proceso en marcha. Si el derecho es intransmisible (y los derechos personalísimos lo son), en el momento en el que se produce el fallecimiento se produce, asimismo, la extinción de tal derecho y, por lo tanto, se origina una carencia sobrevenida de objeto en el proceso, lo que debería dar lugar al archivo de las actuaciones.

Si la sucesión procesal en los casos de reclamación de resarcimiento por daño moral puede tener lugar es, precisamente, porque el derecho al resarcimiento por daños físicos o morales no es un derecho personalísimo, sino un derecho de carácter patrimonial que se puede transmitir *mortis causa*. Y precisamente porque ése, y no otro, es su carácter, también se puede transmitir *mortis causa* a los herederos, aunque la reclamación de responsabilidad no se haya presentado ante la Administración o el proceso contencioso-administrativo todavía no se haya entablado.

Lo mismo puede afirmarse en relación al art. 31.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, según el cual: «Cuando la condición de interesado derivase de alguna *relación jurídica transmisible*, el derechohabiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento». Para que los herederos adquieran la condición de interesados es preciso que la relación jurídica sea transmisible. En el caso de la reclamación por daños corporales o morales la condición de interesado se adquiere por el derechohabiente porque la relación jurídica en cuestión (el derecho a ser indemnizado y la obligación de indemnizar de la Administración) es perfectamente transmisible.

El crédito resarcitorio nace con el daño y en virtud del daño, sin que su nacimiento pueda ligarse al momento en que el perjudicado exprese de cualquier forma su voluntad de reclamar o la haga valer efectivamente

mediante el ejercicio de su acción. La transmisión hereditaria del crédito resarcitorio por daños corporales y morales no puede depender de la actividad o inactividad de su titular ante la Administración o ante la Jurisdicción, pues su acción constituye una facultad potestativa que supone la existencia de un derecho preexistente.

La tesis que se viene manteniendo en este voto particular encuentra respaldo en una jurisprudencia abrumadoramente mayoritaria y en la propia doctrina del Consejo de Estado.

El propio TSJ de Madrid (sentencia núm. 1213/2003, de la Sala de lo contencioso-administrativo), precisamente en un supuesto como el analizado en el dictamen del que discrepo, en el que la Administración no se opone a la legitimación activa de los herederos, ante la reclamación de una hija por los daños corporales y morales sufridos por su madre ya fallecida, sostiene concluyentemente que: *“Sorprende que en sede jurisdiccional cuestione la CAM la legitimación de la actora cuando no opuso objeción de clase alguna al resolver la reclamación planteada ante la Consejería de Asuntos Sociales, pero, además, y en todo caso, siendo la actora hija de la hoy fallecida –por circunstancias ajenas a este recurso– con un claro deterioro físico y psíquico (se había iniciado un proceso judicial para su incapacitación que no había concluido en la fecha de su fallecimiento), tiene un claro interés legitimador –la Sentencia que en este proceso se dicte afecta de forma directa a su esfera patrimonial como heredera– tanto para deducir la reclamación de responsabilidad patrimonial como para accionar en esta sede jurisdiccional”* (FJ 2º).

La sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3ª) de 29 de septiembre de 2011 (JUR 2011/354946) también admite sin ambages la legitimación activa de una madre que reclama una indemnización de 123.544 euros por los daños

morales sufridos por su hijo, ya fallecido, por haber permanecido en prisión por un delito del que luego resultó absuelto. El representante de la Administración alegaba la falta de legitimación activa de la actora por tratarse de un derecho personalísimo del hijo, pero la Audiencia Nacional señala de forma concluyente en el FJ 2º que: *“La demandante es la heredera legal de su hijo fallecido que estuvo en prisión preventiva, y así lo ha considerado la Administración a lo largo de todo el expediente administrativo, no poniendo ninguna objeción al respecto a la legitimación de la actora, pues la actora tiene la citada legitimación como heredera legal de su hijo para ejercitar la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial”*.

En el ámbito civil (pero con argumentos claramente extrapolables al contencioso-administrativo, pues no hay razón alguna para sostener que el derecho de crédito que nos ocupa es transmisible en el ámbito civil pero no en el administrativo), las Audiencias Provinciales han detectado perfectamente la confusión que vengo criticando. La SAP de Madrid núm. 436/2009, de 1 de julio (JUR 2009/375973), dice claramente que *“una cosa es que el derecho a la salud tenga carácter personalísimo, como también la noción de «perjudicado» y otra, distinta, que el derecho de crédito nacido en vida del causante a un resarcimiento, ligado a la lesión de aquél derecho (o que se anude al fallecimiento de quien pueda dar vida a ese crédito), no se integre en el propio patrimonio y en cuanto tal, forme parte del caudal hereditario”*.

El TS ha sostenido esta misma tesis en su sentencia de 10 de diciembre de 2009 (JUR 2010/280, ponente Xiol Rios), donde, al igual que la sentencia de la Audiencia recurrida en casación, no aprecia la falta de legitimación de los hijos por los daños morales y corporales sufridos en un accidente de tráfico por su madre, luego fallecida por causas diversas a las lesiones, pues se considera que la indemnización a que pudiera tener

derecho la víctima como consecuencia del accidente de tráfico pasaría a formar parte de su caudal relecto y sería transmisible a sus herederos en virtud de lo dispuesto en el artículo 659 CC.

Por su parte, el Consejo de Estado, en su dictamen de 22 de diciembre de 1999 (exp. 3292/1999), ante la reclamación de una madre por los daños corporales y morales sufridos por su hija ya fallecida, señala expresamente que *“el derecho a obtener indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a una persona durante su vida constituye en general un derecho de crédito, el cual pasa a integrarse en su herencia formando parte de ella en caso de fallecimiento”*. Y en el más reciente, de 14 de julio de 2005 (expediente 901/2005), donde quien reclama es el padre de un Guardia Civil por los daños morales, profesionales y familiares sufridos por su hijo (fallecido posteriormente en accidente de tráfico), se plantea el problema de la legitimación del padre y concluye que *“se encuentra legitimado para formular la reclamación, toda vez que es heredero de su hijo y que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte (artículo 659 del Código Civil), siendo transmisibles mortis causa todos los derechos y acciones cuyo ejercicio correspondía al causante, siempre que no sean personalísimos. Dado que la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración no tiene carácter personalísimo ni se extingue por la muerte de su titular, dicha acción podrá transmitirse mortis causa y ser ejercitada por los herederos de su titular”*.

Es sabido que, históricamente, siempre ha habido una fuerte resistencia a que los daños corporales y, sobre todo, los morales fueran objeto de indemnización alguna, de modo que, cuando finalmente se impuso la postura favorable a su resarcimiento, la doctrina reticente a su admisión, se opuso entonces a su transmisión hereditaria. De ese recelo o

desconfianza es fruto también el criterio restrictivo de que solo se transmite el crédito resarcitorio que nace de tales daños cuando el perjudicado lo ha hecho valer, sin que se produzca su transmisión *mortis causa* cuando el perjudicado fallece sin haber ejercitado su acción, habiéndolo podido hacer.

Es cierto, con todo, que la reclamación de resarcimiento por daños físicos o morales llevada a cabo por los herederos del causante induce en muchas ocasiones a pensar en un abuso de derecho o en un cierto enriquecimiento injusto lo que, con independencia de que tal percepción es frecuente en otras muchas reclamaciones instadas *iure proprio*, no puede llevarnos a negar, sin fundamento jurídico alguno, la transmisibilidad del derecho al resarcimiento por los herederos del causante ni, por lo tanto, a negar la legitimación activa de éstos.

Si en tal percepción pudiera haber algo de verdad, tendríamos que adentrarnos en otros ámbitos y examinar con especial atención otras cuestiones como pueden ser, la exacta objetivación de los daños alegados y su efectividad, la rigurosa apreciación de la prueba y, en su caso, la valoración de dichos daños, cuestiones éstas que, al negar el requisito previo de la legitimidad, no se plantea el dictamen del que discrepo.

Pero es que, además, en el concreto caso en el que nos encontramos la valoración de los daños causados es previa al fallecimiento del causante (la delimitación y cuantificación de los daños se lleva a cabo en fecha 20 de noviembre de 2009, mientras que el fallecimiento tuvo lugar el 31 de enero de 2010), lo que pone de manifiesto una objetivación de los daños llevada a cabo con la participación y aquiescencia del causante y la voluntad de reclamar de éste, lo que, incluso desde una posición no negativa, pero sí restrictiva, habría de conducir al reconocimiento de la

legitimación activa y que, en todo caso, nos obligaría a excluir cualquier reproche de mala fe o abuso de derecho de los reclamantes.

La Consejería de Sanidad, por su parte, no sólo no pone en duda la legitimación activa de los reclamantes, sino que formula una propuesta de resolución en la que se acoge una estimación parcial de la reclamación, reconociendo al reclamante el derecho a ser indemnizado en la cantidad de 64.183,54 euros, lo que, por sí solo, habría obligado a este Consejo a entrar en el fondo del asunto.

Por todo ello, en contra del parecer mayoritario de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, considero que el reclamante F.L.N. ostenta legitimación activa para reclamar el resarcimiento de los daños causados a su madre M.N.S., estimando, por lo demás, correcta y ajustada a Derecho la propuesta de resolución formulada por la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 4 de mayo de 2012

Mariano Zabía Lasala»

Madrid, 7 de mayo de 2012



Anexo 2.-

Roj: **STSJ M 1784/2015** - ECLI: **ES:TSJM:2015:1784**

Id Cendoj: **28079330102015100126**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **10**

Fecha: **19/02/2015**

Nº de Recurso: **1357/2012**

Nº de Resolución: **135/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA DEL MAR FERNANDEZ ROMO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Décima

C/ Génova, 10 - 28004

33009750

NIG: 28.079.00.3-2012/0014160

Procedimiento Ordinario 1357/2012-A

Demandante: D./Dña. Esteban

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL CARMEN GIMENEZ CARDONA

Demandado: COMUNIDAD DE MADRID

LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

QBE INSURANCE (EUROPE) LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO ABAJO ABRIL

SENTENCIA N° 135/2015

Presidente:

D./Dña. ANA MARIA APARICIO MATEO

Magistrados:

D./Dña. RAFAEL SÁNCHEZ JIMÉNEZ

D./Dña. M^a DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

D./Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

D./Dña. M^a DEL MAR FERNÁNDEZ ROMO

En la Villa de Madrid a diecinueve de febrero de dos mil quince.

VISTO el recurso contencioso-administrativo número 1357/2012 seguido ante la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, promovido por el por el Procurador de los Tribunales, Sra. Giménez Cardona, en nombre y representación de DON Esteban , **contra** la Orden de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria por delegación del Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid de fecha 20 de Noviembre de 2012 desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada ante el Servicio Madrileño de Salud con fecha 2 de Agosto de 2011 por presunta mala praxis y daños derivados de la asistencia sanitaria prestada en el Hospital Universitario Clínico San Carlos, y Servicio de

Neurología del Hospital Universitario Gregorio Marañón, de Madrid. Ha sido parte demandada **LA COMUNIDAD DE MADRID**, representada y defendida por Letrado integrado en sus Servicios Jurídicos; y parte codemandada, **QBE INSURANCE EUROPE LIMITED, SUCURSAL EN ESPAÑA**, representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Abajo Abril.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizara su escrito de demanda, lo que verifico mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimo de aplicación, terminaba suplicando se dicte Sentencia declarando que los hechos denunciados son constitutivos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública demandada por el funcionamiento normal o anormal de los servicios sanitarios públicos y sea condenada a indemnizar a la recurrente en la cuantía solicitada, 434.102,13 euros.

Solicitando recibimiento probatorio de las actuaciones.

SEGUNDO.- La parte demandada contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte Sentencia por la que se desestime el presente recurso. No solicitando recibimiento probatorio de las actuaciones.

TERCERO.- La parte codemandada estima igualmente que la sentencia que se dicte debe declarar la inexistencia de responsabilidad patrimonial, solicitándose recibimiento probatorio.

CUARTO.- Por auto de fecha 4 de Julio de 2013 se acuerda el recibimiento probatorio de los presente autos, declarándose la pertinencia de la práctica documental propuesta por la parte codemandada y la prueba pericial propuesta por la demandante y la codemandada, denegándose la pericial judicial solicitada por ambas partes, pruebas practicas con el resultado obrante en las actuaciones, tras lo que se ha conferido traslado a las partes para la presentación de sus escritos de conclusiones, obrantes los cuales, se declaran conclusas las actuaciones. Señalándose tras ello para la votación y fallo del presente proceso la audiencia del día dieciocho de Febrero de dos mil quince, teniendo así lugar.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Doña M^a DEL MAR FERNÁNDEZ ROMO, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo, la impugnación la Orden de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria por delegación del Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid de fecha 20 de Noviembre de 2012 desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada ante el Servicio Madrileño de Salud con fecha 2 de Agosto de 2011 por presunta mala praxis y daños derivados de la asistencia sanitaria prestada en el Hospital Universitario Clínico San Carlos, y Servicio de Neurología del Hospital Universitario Gregorio Marañón de Madrid.

SEGUNDO.- La parte recurrente formula su pretensión indemnizatoria por daños y perjuicios causados, con base en el relato de los hechos acaecidos:

A partir del año 2005 Don Esteban empezó a quejarse de dolor en la parte izquierda del abdomen y falta de sensibilidad en esta zona, acudiendo en varias ocasiones a su médico de Medicina Preventiva del Hospital Clínico San Carlos de Madrid.

Sin embargo, la médica no dio importancia a los síntomas presentados por el paciente, limitándose a la realización de una ecografía de abdomen sin que se le practicara un estudio más completo para averiguar el origen de los mismos.

Ante la persistencia de los síntomas, la médica sustituta le solicitó finalmente la realización de una RM de columna lumbar que se practicó el día 26 de junio de 2007, alcanzándose los siguientes resultados: "Disminución de altura de los espacios intervertebrales L2-L3, L4-L5 y L5-SI con disminución de la intensidad de señal en los primeros discos intervertebrales señalados, compatible con cambios degenerativos. El disco L4-L5 presenta una profusión difusa lateralizada al lado derecho que estenosa la porción caudal del foramen derecho sin compromiso de la raíz de L4 a dicho nivel. Existe migración caudal de dicha hernia que contacta con la raíz L5 derecha en el receso lateral. Hipertrofia de las articulaciones interapofisarias L4-L5 en relación con cambios degenerativos. A nivel de L2-L3 y L3-L4 se observa leve profusión discal difusa, ligeramente lateralizada hacia el lado derecho sin compromiso radicular y que contacta con el saco fecal sin comprimirlo. Hipertrofia de las articulaciones interapofisarias L3-L4 en relación con cambios degenerativos.

A la vista del resultado obtenido de "cambios degenerativos en columna cervical. Hernia discal C3-C4, con signos de mielopatía compresiva", el paciente se sometió a la realización de una serie de pruebas.

A partir del día 17 de septiembre de 2007 Don Esteban fue dado de baja por incapacidad temporal.

El día 6 de mayo de 2008 el paciente ingresó finalmente en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón para ser intervenido de hernia discal, realizándose microdiscectomía C3-C4 mediante técnica de Smith-Robinson e injerto LSK con cresta y placa cervical al día siguiente.

"Enfermedad actual: paciente varón de 57 años, que presenta alteración de la deambulacion en últimos meses con sensación de acorchamiento en hemicuerpo izquierdo. Sensación de hipoestesia en hemicuerpo izquierdo con nivel sensitivo D8. Exploración complementaria: RM de columna cervical: hernia discal C3-C4 con importante mielopatía asociada. Estudio electrofisiológica: lesión en vía piramidal y somatosensorial en predominio izquierdo. Rx de columna cervical: hiperostosis idiopática de C4 a C8". Siendo dado de alta el día 12 de mayo de 2008 con el siguiente diagnóstico "Mielopatía cervical. Síndrome de Brown- Squard".

Después de la intervención, Don Esteban no presentó mejoría alguna, siendo remitido a la Unidad del Dolor. Informe de Neurofisiología de 13 de octubre de 2008:

"Asunto: Estudio control en paciente diagnosticado de mielopatía cervical con hernia discal a nivel C3-C4. Fue intervenido en mayo del 2008. Refiere que han mejorado algunos síntomas de MMSS, pero en MMII persiste hipoestesia y hormigueos dolorosos en MII. Conclusión: Persisten signos de afectación de las vías corticoespinal y somatosensorial a nivel de la médula espinal cervical (tanto ara miembros superiores como para los inferiores). Con respecto al estudio previo (Enero del 2008), se observa un ligero empeoramiento en la vía somatas.envorial, permaneciendo sin cambios la vía corticoespinal"

Informe radiodiagnóstico de 4 de noviembre de 2008

"Indicación clínica intervenido de hernia discal C3-C4 sin mejoría".

Informe la RM de columna cervical

"Fijación metálica en C3-C4

Persiste estenosis del canal raquídeo cervical por cambios degenerativos muy evidentes desde C2 a T2.

La médula cervical presenta signos de mielopatía en el nivel coincidente con C3-C4. El tamaño de los agujeros de conjunción presenta una estenosis en el lado derecho en C2-C3 y bilateral en C3-C4 C4-05 y en el menor medida C6-C7 y C7-T1. En conclusión: estenosis del canal raquídeo cervical de causa degenerativa Mielopatía.

Estenosis foraminal en los niveles arriba señalados".

Informe clínico de 17 de diciembre de 2008: "Durante el post-operatorio el paciente no ha presentado mejoría significativa de cuadro clínico, Se ha realizado estudios electrofisiológicos objetivándose lesión medular similar a previo a la cirugía. En RESONANCIA MAGNETICA de control se objetiva ausencia de compresión cervical en zona de la cirugía con persistencia de mielopatía asociada.

En el momento actual el paciente presenta una afectación de vías corticoespinal y somatosensorial a nivel de médula espinal cervical secundario a la lesión medular que presenta como secuela de la compresión producida por hernia disco, ya resuelta en el momento actual.

El paciente debe evitar esfuerzos físicos importantes que puedan agravar su lesión medular."

Informe médico-laboral de 30 de abril de 2009: "Conclusiones: paciente con hiperostosis cervical, procesos degenerativos y una hernia discal central, con clínica de mielopatía compresiva importante de tipo evolutivo y con un déficit neurológico irreversible, a pesar de la cirugía (espasticidad, incoordinación, rigidez en las piernas, "entumecimiento", falta de discriminación táctil, térmica y algésica, pérdida de la sensibilidad vibratoria y del sentido de la posición articular), determinando una parálisis espática de las extremidades inferiores, con anestesia profunda del lado de la lesión y anestesia termo-algésica del otro lado. Existe clínica similar desde el comienzo del cuadro, con déficit en la marcha, en los movimientos y en la percepción sensitiva profunda táctil, de presión, vibratoria, de orientación articular, que son fundamentales para llevar una vida normal."

Siéndole reconocida una incapacidad permanente total en fecha 9 de marzo de 2009.

El día 26 de mayo de 2011 el paciente ingresó nuevamente en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón.

"Antecedentes personales: hernia discal C3-C4 con mielopatía asociada y síndrome de brown-sequard intervenido en 2009.

Enfermedad actual: paciente varón de 59 años, con los antecedentes previamente descritos. Tras la cirugía el paciente presentó recuperación de movilidad en hemicuerpo izquierdo, con persistencia de lesión somatosensorial en hemicuerpo izquierdo. El paciente presentó dolor de características neuropáticas en hemicuerpo izquierdo desde dermatoma D7- D8 afectando a MIL El paciente describía el dolor como quemante, presentando alodinia e hiperpatía dolorosa. Ha sido valorado en la Unidad del Dolor instaurándose tratamiento con parche de Durogesic sin presentar mejoría significativa. Se propone realizar simulación cortical para tratamiento de dolor".

Al día siguiente el paciente fue intervenido, practicándose craneotomía frontal derecha con colocación de electrodo a nivel subdural interhemisférico.

Además, el día 10 de junio de 2011 se realizó colocación de generador 1TRELIII en región subclavicular derecha.

El paciente fue finalmente dado de alta el día 16 de junio de 2011 con el siguiente juicio diagnóstico: "Dolor neuropático en tronco y MIT secundario a lesión medular Estimulación cortical motora con electrodo subdural".

A la vista de los hechos acaecidos, se deduce que Don Esteban no recibió la adecuada asistencia sanitaria. Los facultativos que le atendieron no valoraron con la debida diligencia la sintomatología potencialmente grave que presentaba, debiendo prestarle mayor importancia y acelerar las pruebas para conocer el origen de la misma por lo que el paciente no tenía el deber de soportar la nefasta atención sanitaria que le fue prestada.

En definitiva, parece evidente que Don Esteban sufrió un retraso de diagnóstico que influyó negativamente en la evolución de su estado de salud, por sufrir secuelas físicas que no presentaba con anterioridad.

Pues bien, en base a todo lo anteriormente expuesto, cabe concluir que existe una relación clara y evidente entre la defectuosa asistencia sanitaria que la paciente recibió y su estado de salud actual.

A mayor abundamiento, Don Esteban no recibió la información correcta sobre las opciones diagnósticas existentes cercenando su derecho a la información tal y como viene recogido en la Ley de Autonomía del Paciente y antigua Ley General de Sanidad.

Considera así la parte actora que la Administración debe responder del daño causado, en virtud del principio de Responsabilidad Directa y Objetiva que le es aplicable, a lo que cabe indicar que la configuración de la sanidad en la Constitución Española de 1978 como un servicio público lleva consigo una enorme incidencia sobre todas las materias de Derecho Sanitario, y, en especial, sobre la responsabilidad médica. La Administración sanitaria como parte de la Administración pública está sometida al principio de eficacia (art. 103.1º CE), lo que pone en marcha el instituto de la responsabilidad administrativa siempre que de esa ineficacia se generen daños a los usuarios. La Ley General de Sanidad, en su artículo 7 , señala que "los servicios sanitarios, (..) precisos para el funcionamiento del Sistema de Salud, adecuarán su organización, y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad".

Por su parte, el Tribunal Supremo ha señalado en alguno de sus pronunciamientos el derecho de los usuarios a un funcionamiento eficaz de la asistencia sanitaria. En la sentencia de fecha 5 de junio de 1991 , indica que "la actuación de la Administración Pública y del sistema sanitario todo está encaminado a promover la salud y a prevenir las enfermedades, con una organización y funcionamiento de los servicios sanitarios regidos por el principio de eficacia (...) si está regido por el principio de eficacia es responsable de la lesión que por su funcionamiento sufra todo particular". Concurren todos los requisitos que según la Doctrina y Jurisprudencia más autorizados, se deben dar, conforme a los artículos 9.3 y 106 de la Constitución Española , y los artículos 139 siguiente y concordantes de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común , desarrollados por el Real Decreto 429/1993 de 24 de marzo, de Procedimiento en materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, para que proceda indemnización por funcionamiento normal o anormal de los Servicios Públicos.

Y en concreto, se considera de aplicación la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y 103.1 de la Constitución Española. Con independencia de los que en su día se aleguen en su fase procesal oportuna.

TERCERO.- Frente a dicha tesis, la parte demandada estima que en el presente caso, la asistencia sanitaria dispensada al ahora recurrente en todo momento fue diligente y correcta, ajustándose a la *lex artis*, así se recoge en el Informe remitido por la Inspección Médica (obran en el expediente administrativo, folios 271 a 329) al señalar textualmente:

"CONCLUSIONES

D. Esteban fue diagnosticado correctamente de un Brown Sequard (hemisección medular) en octubre de 2007 sin existir demora diagnóstica.

No es posible relacionar médicamente un dolor en hipocondrio izdo. junto a otros síntomas digestivos (deposiciones oscuras, hepatomegalia) de abril de 2005, con un cuadro neurológico de hemisección medular del año 2007, ya que no refería ningún síntoma neurológico sensitivo ni motor en ese momento.

La sintomatología requerida de parestesias y hormigueos en MII en noviembre de 2006, no son patognomónicos de Brown-Sequard ni de patología a nivel cervical.

No hay datos de sintomatología neurológica en la historia de atención primaria hasta julio de 2007.

A D. Esteban se le realizaron los estudios y exploraciones adecuadas a los síntomas que iba refiriendo. No existe evidencia de ninguna demora diagnóstica.

La lesión neurológica crónica no precisa ninguna actuación médico-quirúrgica urgente, ya que apenas mejora a pesar del tratamiento quirúrgico. El objeto Delmiro es estabilizar la lesión ósea o hernia discal que causa la compresión y evitar que se extienda el daño a más niveles.

7. La intervención quirúrgica de discectomía C-3-C4 y placa cervical realizada fue adecuada a la patología que refería y se le explicó el alcance y el porqué de la misma. Consta firmado consentimiento informado.

El dolor neuropático que ha aparecido posteriormente y que ha sido causa de colocación de electrodo cortical no es consecuencia de ninguna mala actuación médica ni se debe a ningún retraso diagnóstico forma parte de la propia lesión en sistema nervioso periférico que padece. Es una complicación muy poco frecuente, que además ha mejorado.

Todas las actuaciones médicas realizadas a la paciente, fueron correctas según la "lex artis" y lex artis ad hoc".

En cuanto a la vulneración del derecho a la información del enfermo cabe señalar que el Jefe del Servicio de Neurocirugía del hospital Gregorio Marañón expresa que en "los pacientes con mielopatía cervical espondilótica que son intervenidos rara vez mejora su cuadro clínico, y así se explica siempre a los pacientes indicándose que la intervención se realiza para intentar estabilizar la clínica y que no empeore, pero nunca se garantiza al paciente que vaya a mejorar, y se le explica que incluso existe la posibilidad de empeoramiento clínico, como consta en la hoja de consentimiento informado que firmó el paciente".

En el expediente consta un documento de consentimiento informado suscrito por el enfermo (folio 99) en el que, de forma expresa, consta: "Comprendo y acepto que la medicina y la cirugía no son una ciencia exacta y o se puede garantizar un resultado". "He comprendido que en algunos casos la cirugía puede curar, poniendo fin al tratamiento, pero en otras ocasiones no es cuantitativa sino que el objeto de la intervención en esos casos es aliviar los síntomas o evitar su progresión."

En cuanto a la falta de información sobre "opciones diagnósticas", tal y como la concreta el representante del reclamante, solo cabe reiterar que en el caso sometido a dictamen sólo hubo dos diagnósticos posibles en función de la sintomatología del enfermo:

Lumbociática generada por profusión o hernia discal, sospechada por el único síntoma de hormigueo en MII.

Síndrome de Brown-Sequard, a la vista del EMG solicitado por el traumatólogo por si existía lesión neurológica derivada de la sospecha de lumbociática previa.

El informe de RMN de columna lumbosacra sin contraste emitido el 26 de junio de 2007 (folio 268) consta como motivo de la petición "Síndrome de Brown-Sequard", por lo que tampoco cabe dudar de que el paciente obtuvo esta información.

En este caso la completa historia clínica del reclamante permite acreditar, mediante la existencia de documentos, que el paciente tuvo conocimiento de las enfermedades que se sospechaba que padecía para cuya confirmación se solicitaron múltiples pruebas diagnósticas. No obstante, es preciso recordar que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre básica reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica lo que exige es una información al paciente de carácter verbal ciñéndose la exigencia de documento de consentimiento informado únicamente en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes y notoria y previsible y repercusión negativa sobre la salud del paciente", tal y como dispone el artículo 4.2 de la citada ley. Y añade el Consejo Consultivo, en Dictamen, 301/12 de 13 de junio de 2012 (Folios 346 y ss., del Expediente Administrativo).

La inversión de la carga de la prueba se fundamenta en que es más fácil para la Administración sanitaria demostrar que ha obtenido el consentimiento por escrito en los casos en que es preceptivo mediante la sencilla

exhibición del documento. Pero en los supuestos en los que la obligación de información escrita no existe, como sucede en el caso objeto de dictamen, en el que se reprocha ausencia de información sobre "opciones diagnósticas", este órgano consultivo entiende que la carga de la prueba ha de seguir la regla general y recaer sobre quien reclama.

Finalmente en cuanto a la existencia de retraso en el diagnóstico como reclama el interesado a la vista del informe de la Inspección Médica (folios 271 a 329 del expediente administrativo):

Al paciente "(...) se le realizaron los estudios y exploraciones adecuadas a los síntomas que iba refiriendo. No existe evidencia de ninguna demora diagnóstica" ya que "la sintomatología referida de parestesias y hormigueos en Mil en noviembre de 2006 no son patognomónicos de Brown-Sequard ni de patología a nivel cervical" y "no hay datos de sintomatología neurológica en la historia de atención primaria hasta julio de 2007".

Además añade que "el dolor neuropático que ha aparecido posteriormente (...) no es consecuencia de ninguna mala actuación médica ni se debe a ningún retraso de diagnóstico. Forma parte de la propia lesión en sistema nervioso periférico que padece. Es una complicación muy poco frecuente que, además ha mejorado".

Por todo lo anterior no cabe sino concluir que no existió retraso de diagnóstico como reclama el interesado, tampoco existe relación de causalidad entre el dolor que surge y la actuación sanitaria practicada sino que el dolor trae causa de la propia patología del enfermo, que ha sido tratada correctamente y de conformidad con la *lex artis* aunque no haya sido posible, por desgracia, la curación del paciente.

Y en caso de desestimarse las anteriores alegaciones y considerar que el actor tiene derecho a una indemnización, estimamos excesiva la cantidad solicitada, debiendo moderarse por el tribunal.

CUARTO.- La codemandada, sostiene igualmente la inconcurrencia de responsabilidad patrimonial en este supuesto, con base en el citado informe incorporado al expediente emitido por la Inspección Sanitaria, teniendo en cuenta que el interesado fue diagnosticado tempranamente de un síndrome de Brown-Sequard sin existir demora diagnóstica, rechazando la procedencia de la indemnización solicitada por falta acreditación de relación causal.

QUINTO.- Pues bien con base en la precedente narración fáctica de la actora, se atribuye en la demanda a la asistencia médica prestada al actor en el Hospital Clínico San Carlos, de Madrid, una mala praxis en relación con la aparición del primer síntoma de hormigueo en pierna izquierda hasta el diagnóstico de la hernia discal C3-C4 que le comprimía la médula y desde el diagnóstico definitivo en el Hospital Clínico, el 31 de Diciembre de 2007, hasta la operación en el Hospital Gregorio Marañón el día 7 de Mayo de 2008, así como la evolución postoperatoria no satisfactoria, sin que el paciente fuera informado de las distintas técnicas diagnósticas existentes para descartar el diagnóstico de presunción emitido por el médico de atención primaria que le remitió al Servicio de Traumatología para descartar la existencia de hernia discal, sin que nadie le indicara la posibilidad de realizarse resonancia magnética de la columna, que hubiera detectado la hernia discal C3-C4 de forma inmediata.

Todo ello, sin que conste el consentimiento informado de la cirugía de que el paciente no iba a mejorar en sus síntomas, como refiere el Jefe del Servicio de Neurocirugía.

Recordaremos a continuación que, según doctrina jurisprudencia pacífica y consolidada - por todas, las *sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007, 10 de diciembre de 2009, 23 de febrero de 2010*, y las que en ellas se citan-, la responsabilidad patrimonial de la Administración requiere: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; b) Que el daño o lesión patrimonial sufridos por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal, siendo indiferente la calificación, de los servicios públicos - a lo que se ha homologado "toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo"-, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal; c) Ausencia de fuerza mayor; y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño, señalándose al efecto que, como la responsabilidad patrimonial es objetiva o de resultado " *lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión* ", de forma que, si existe el deber jurídico de soportar el daño, decae la obligación de la Administración de indemnizar.

Según las sentencias citadas, " *a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente.* " Y así se concluyó también en la *sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008*, en la que se declaró que, " *a los servicios públicos de*

salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios ", así como en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2007 , al declararse en ella que "cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica ó sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la "lex artis" como modo de determinar cual es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente ".

Por ello, y con invocación del criterio jurisprudencial expresado en las dictadas con fechas de 3 de octubre de 2010, 21 de diciembre de 2001, 10 de mayo de 2005 y 16 de mayo de 2005, en la sentencia precitada se continúa declarando que "(...) la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados, de prestación de la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo, de manera que los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino a procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar, no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible. La adopción de los medios al alcance del servicio, en cuanto supone la acomodación de la prestación sanitaria al estado del saber en cada momento y su aplicación al caso concreto atendiendo a las circunstancias del mismo, trasladan el deber de soportar el riesgo al afectado y determinan que el resultado dañoso que pueda producirse no sea antijurídico ".

De otra parte, se ha de señalar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , corresponde al demandante " la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda ", y corresponde al demandado " la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior ". Las precitadas reglas generales se matizan en el apartado 7 del precepto citado, en el sentido de que se "deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio", regla de gran relevancia en el caso presente.

SEXTO .- De esta forma, los términos del debate quedan circunscritos a resolver si existió, como pretende el recurrente, el citado nexo de causalidad entre las lesiones y la asistencia que le fue prestada, produciéndose un retraso diagnóstico y falta de adecuado consentimiento informado, determinándose en su caso la existencia de los requisitos para la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada.

De forma que la adecuada resolución del presente recurso, dado su carácter eminentemente técnico nos obliga a acudir al informe emitido por la Inspección Médica incorporado al expediente, en el que tras analizar pormenorizadamente el caso y la historia clínica del reclamante, se extraen las consideraciones médicas siguientes:

"(...)

5- VALORACIÓN DE LOS HECHOS Y CONSIDERACIONES CIENTÍFICAS

Para la valoración de los hechos y consideraciones científicas, se ha tenido en cuenta la historia del paciente, los informes técnicos emitidos por el Servicio de Medicina Preventiva del hospital Clínico y del. Servicio de Neurocirugía del HU Gregorio Marañón así como los resultados de la búsqueda bibliográfica.

El síndrome de Brown Sequard es una clasificación de la lesión medular incompleta que se caracteriza por una parálisis ipsilateral (del mismo lado de la lesión) con pérdida o disminución de la propiocepción, el tacto y la sensación de vibración, mientras que en el lado contralateral hay pérdida o disminución de la sensibilidad de temperatura y dolor.

La hemisección medular se trata de una lesión en la mitad lateral de la médula que lesiona unilateralmente el haz corticoespinal (vía motora que desciende del cerebro que envía información del cerebro hacia la médula) y el haz espinotalámico (vía que conduce impulsos de presión, de tacto y de mecanorreceptores no discriminativos o vibratorios de la médula al cerebro). Como ambas vías se cruzan a nivel del bulbo, la parálisis es homolateral a la lesión y de acuerdo al nivel de lesión puede provocar una monoplejía o una hemiplejía. La afección de la sensibilidad termoalgésica (poder sentir temperaturas y dolor) es contralateral a la lesión, pero conserva la sensibilidad termoalgésica profunda.

El síndrome de Brown Sequard es común en traumas con armas blancas o punzocortantes y en traumas donde actúan fuerzas de rotación. También puede darse como consecuencia de:

Infección (como en una meningitis)

Episodios isquémicos (falta de sangre a la zona)

Enfermedades degenerativas como la esclerosis múltiple

Tumores de la médula espinal

La figura representa una paciente con síndrome de Brown Sequard izquierdo a nivel de T10.

Por encima de la lesión la sensibilidad y el movimiento' están conservados.

La zona verde), indica la pérdida completa de sensibilidad.

La zona morada indica la disminución del tacto, la vibración y la propiocepción., pero conserva la sensibilidad termoalgésica.

La zona azul indica disminución de la sensibilidad termoalgésica con conservación del tacto, la vibración y la propiocepción.

D. Esteban , fue visto en el servicio de Prevención del Hospital Clínico desde el año 1978 en varias ocasiones por petición suya por tendinitis calcificante de hombro o ganglión en muñeca o como consecuencia de las revisiones laborales pertinentes, a muchas de las cuales no acudió. fue en el año 2005 cuando acude por dolor en hipocondrio izdo, estreñimiento, deposiciones negruzcas y meteorismo. Dado los antecedentes de gastritis o patología ulcerosa previa por la que consultó en el año 1981, es adecuado que se le indicaran gastroscopia, colonoscopia y ecografía abdominal, así como analítica completa. En ningún momento se recoge ninguna sintomatología neurológica referida por él. En la gastroscopia se recogen varices esofágicas 1-II, gastropatía astral, rubicundez facial con telangiectasias, analítica compatible con esteatosis hepática probablemente en relación a ingesta alcohólica excesiva y hepatomegalia palpable a 3 traveses de dedo de reborde costal. En la colonoscopia realizada por las deposiciones negras se extirparon varios pólipos de histología adenomatosa, con lo que la actuación es correcta. Las varices esofágicas sólo aparecen cuando ya está desarrollada una hipertensión portal secundaria a hepatopatía crónica estadio cirrótico. Así que a partir de ahí se realiza una citación para seguimiento posterior de este paciente en consulta de digestivo. No refería nada neurológico, ni sensitivo ni motor. No es hasta noviembre de 2006 cuando refiere por primera vez hormigueo en pierna izda. (doc anexo págs 37-38), la exploración de los reflejos y sensibilidad figura como normal. Es importante reseñar que esta sintomatología no es diagnóstica ya por sí misma de un Brown-Sequard, de hecho faltan todo el resto de síntomas sensitivos ipsi y heterolaterales, y por tanto es lógico que se iniciaran estudios lumbares, como de hecho se le realizaron, Tampoco la sintomatología de lumbociática o ciática, que es lo que refería este paciente, es considerada de urgencia ni precisa pruebas radiológicas inmediatas si no hay otros signos de alarma neurológica, que no había en el momento que se le exploró, como se describen en los protocolos de lumbalgia. Se le cita para marzo de 2007 en el Servicio de Prevención del H. Clínico y no acude hasta junio con una interconsulta de su MAP y con una RM lumbar sin contraste realizada el 26-6-07: en l4-l5 profusión difusa lateralizada con estenosis del foramen dcho sin compromiso de la raíz L4 a ese nivel. Existe migración caudal de la hernia que contacta con raíz L5 dcha en el receso. Atención Primaria no figura ninguna consulta en el año 2006 por lumbalgia ni ninguna otra sintomatología similar. No fue hasta julio de 2007 donde figura la transcripción de la RM lumbar realizada en el Hospital que se inicia el episodio de lumbalgia y se le pauta tto con Inzitanim por su médico de atención primaria Tal como se aporta en la documentación recibida de las citaciones del paciente en el Hospital Clínico que figuran en el programa informático hay citas en septiembre de 2007 en Traumatología, así como Rehabilitación y primera consulta en Neurología en octubre de 2007. La valoración del Traumatólogo H. U. San Carlos: el 13-9-07 dolor lumbar de más de 1 año de evolución irradiado hacia región inguinal y pierna inda por cara anterior hasta el tobillo. Ha estado en tratamiento con Inziten dos cajas sin mejoría y bosporon, lyrice e hidroxil. Refiere parestesias en MI izdo con ROT presentes y simétricos. RM realizada el 26-6-07 con los resultados apuntados en punto 4. No CORRELACIÓN CLINICO RADIOLÓGICA. Se pide EMG más RHB. El resultado del EMG de 4-10-07 corresponde a una mínima radiculopatía motora L5-S1. Se le pauta complejo vitamínico B por sospecha de polineuropatía alcohólica. En octubre de 2007 se diagnostica por neurólogo del H. Clínico de posible Brown-Sequard tras su exploración neurológica y los síntomas que refirió Por primera vez que implicaba al área genital, glútea, inguinal con sensación de adormecimiento (ver doc anexo pág 39-43). Previamente sólo refería parestesias-"hormigueo" de MII, con las exploraciones neurológicas realizadas correspondientes. Se le realiza también RM cervical para descartar tumor medular ya que como he expuesto en el primer párrafo es una de las causas principales de este síndrome, así como Rx columna cervicolumbar. Con todas estas pruebas el neurólogo le realiza derivación en noviembre de 2007 al servicio de neurocirugía del H. U. Gregorio Marañón por ser de esa zona. Es visto en diciembre de 2007 por este servicio y le citan una serie de pruebas en enero, como los PESS, decidiendo en febrero de 2008 cirugía programo de mielopatía compresiva C3-C4 que se lleva a cabo en Mayo 2008.

Los tres primeros hechos alegados por parte del reclamante están relatados de forma muy burda, por lo que da la impresión que de forma correlativa se produjeron los síntomas desde el principio, es decir año 2005 y, ningún facultativo le hizo caso a pesar de sus quejas reiteradas, quejas que no se han evidenciado en la historia clínica hasta el año 2007, me refiero a síntomas neurológicos o relacionados. Además mezcla resultados de RM lumbar con los de RM cervical, y suprime todas las pruebas que se fue realizando así como inclusión en lista de espera quirúrgica en febrero de 2008.

Fue un ingreso programado, no urgente, porque el daño crónico neurológico no mejora nada o apenas nada. Sólo si se instaura un cuadro agudo de semanas es preciso intervenir de forma urgente, este no es el caso. Una vez que la médula o tejido nervioso está dañado no se puede revertir, las neuronas no se regeneran. Se aporta en la historia clínica consentimiento informado de 5 de mayo de 2008 por el paciente y reclamante así como por el Dr. Feliciano (doc anexo pág 32). Importante el punto nº 6 donde se explica que la medicina no puede garantizar resultados exactos y el punto nº 9 donde dice textualmente "He comprendido que en algunos casos la cirugía puede curar, poniendo fin al tratamiento, pero en otras ocasiones no es curativa sino que el objetivo de la intervención en esos casos es aliviar los síntomas o evitar su progresión". Así como en las complicaciones de la cirugía cervical vía anterior (doc. Anexo pág 33) donde se recoge en el punto nº 3 "lesión medular preexistente (0,5-3,3%)". También quiero resaltar el informe realizado por el Jefe de Servicio Dr. Juan , donde se explica que tras la intervención por raquiestenosis y discopatía C3-C4 en mayo de 2008 no hubo complicaciones postoperatorias y el paciente siguió estable NRL, sin apreciarse mejoría de su mielopatía. Los pacientes con mielopatía cervical espondilótica, que son intervenidos, rara vez mejora su cuadro clínico y así se le explica siempre a los pacientes, indicándose que la intervención se realiza para intentar estabilizar la clínica y que no empeore, pero nunca se les garantiza que vaya a mejorar y se explica que incluso existe la posibilidad de empeoramiento clínico, como consta y ya he comentado en la hoja de consentimiento informado. El estudio neurofisiológico de octubre de 2008 muestra que hay ligero empeoramiento de vía somatosensorial e nivel cervical sin cambios en vía corticoespinal. Posteriormente el paciente recuperó movilidad en hemicuerpo izdo, pero apareció dolor de características neuropáticas que no mejoró con el tratamiento indicado en la U. del dolor, por lo que se indicó en el año 2011 implante de electrodos de estimulación de corteza motora. Actualmente es el tratamiento que mejor resultados tiene para este tipo de dolor y sólo se hace en algunos hospitales en el mundo.

Se entiende por dolor neuropático, según la International association for the Study of Pain (IASP) lo define como un dolor causado o iniciado por una lesión o disfunción del Sistema Nervioso. Las formas de dolor neuropático más comunes son las radiculopatías, la neuralgia del trigémino y las neuropatías diabéticas dolorosas. Esta definición "abierta" ha propiciado que patologías como la distrofia simpático-refleja (ahora denominada Síndrome de dolor complejo regional de tipo I) o Fibromialgia sean consideradas, a veces, dolor neuropático. El término se debe usar para dolor consecuencia de alteraciones del sistema nervioso central y/o periférico y no a una activación anormal de las vías nociceptivas. Difiere del dolor nociceptivo en varios aspectos. Los tratamientos no tienen una evidencia científica demostrada, y por eso deben ser individualizada basándose en el perfil de eficacia y de efectos secundarios de los mismos. Todo el esquema de tratamiento viene recogida en la bibliografía aportada en punto 1 y que fue aplicada a D. Esteban , primero se utilizaron fármacos a dosis crecientes, que no toleró en muchos casos hasta que se decidió una técnica no farmacológica como el implante de un electroestimulador cortical con buenos resultados, de hecho experimentó mejoría del dolor pudiéndose suspender los parches de durosic y apenas precisa tomar medicación para el dolor, solo analgésicos menores ocasionales, según última revisión en r consulta aportada de junio de 2011. Este dolor neuropático no es consecuencia de ninguna mala praxis o de un retraso diagnóstico, es una complicación inherente a una lesión neurológica que tenía el paciente y que puede aparecer en cualquier lesionado neurológico. Es cierto que es una complicación poco frecuente en el Brown-Sequard, la aparición de este tipo de dolor, pero en su caso ha respondido al electroestimulador, cosa que ocurre sólo en un 50% de los pacientes a los que se les coloca y disminuye el dolor en un 50%. D. Esteban es uno de estos pacientes. Según entrevista mantenida con las Dres. Juan y Feliciano , el 20-12-11, es un paciente que desde que acudió a su servicio presentaba una clínica muy anodina para el paciente habitual con diagnóstico de hemisección medular cervical, apenas ha referido síntomas sensitivos y motores. Se le ha informado exhaustivamente de todo lo que se le iba a realizar y los resultados esperados, con comprensión plena de lo que se le decía. Es un paciente que mantiene la marcha, es autónomo desde el punto de vista motor y que su queja fundamental ha sido dolor en MII y últimamente abdominal, patología por la que también se le ha estudiado en el Gregorio Marañón, con los mismos resultados descritos en el año 2005.

RESUMEN: No es posible correlacionar, tal como indica en su reclamación D. Esteban , un dolor en hipocondrio izdo. y deposiciones negruzcas en abril de 2005 con el diagnóstico de un Brown-Sequard en octubre del año 2007. Todo el estudio evidenció una cirrosis hepática de causa alcohólica y pólipos adenomatosos en colon que se extirparon correctamente. En noviembre de 2006, es decir año y medio después de dolor en HCI, fue la primera vez que refirió parestesias en MII, síntoma no específico ni paradigmático de mielopatía compresiva cervical, de

hecho sintomatología neurológica cervical no refirió nunca. Se le realizó una exploración neurológica correcta que no reveló ningún hallazgo significativo y se le cito para marzo de 2007, fecha en la que no acudió. Aparece en junio de 2007 en el Servicio de Prevención del H. Clínico, solicitando una RM lumbar (realizada en junio 2007) y una interconsulta a Traumatología que se realiza en septiembre de 2007. Durante todo este tiempo no hay consultas por esta patología en su médico de atención primaria. Se le realizan todos los estudios anotados en los puntos nº 4, nº 5, nº 6 y nº 7 de la historia clínica revisada. De forma correcta se realizó por parte de Traumatología interconsulta a NRL que se realizó en octubre- 07, es decir no existe ninguna demora. Fue en esta consulta donde el paciente refirió por primera vez falta de sensibilidad en zona genital y glúteo, lo que llevó a la sospecha diagnóstica y posterior confirmación con la RM cervical de mielopatía compresiva cervical crónica. El NRL le deriva a su hospital de referencia que el H. U. Gregorio Marañón a Neurocirugía que le valora en Diciembre de ese mismo año 2007 (no hay ninguna demora). La cirugía propuesta en febrero del 2008 no tenía criterios de urgencia ya que era una mielopatía compresiva crónica, ya establecida. Los estudios de imagen que se le realizaron incluidos Potenciales evocados y EMG eran los adecuados para catalogar la lesión y tomar una decisión terapéutica, pero no era una urgencia neurológica como lo es el Shock medular por ejemplo, tras un accidente, donde se requiere una actitud quirúrgica inmediata, ya que un retraso puede significar una hemiplejía o paraplejía. Se le informó de esta situación y así figura en el consentimiento informado y en el informe del Jefe de Neurocirugía del H. U. Gregorio Marañón, donde se especifica que se le informó que era muy posible que no mejorara de su hemisección medular y sólo querían estabilizar la hernia cervical con placas para evitar empeoramiento, como así fue. El seguimiento posterior ha sido impecable por la U. del Dolor y por el servicio de Neurocirugía, con la aplicación de las técnicas más avanzadas en el tto del dolor neuropático que le han mejorado su situación motora, y sobre todo del dolor que padecía.

6- CONCLUSIONES

D. Esteban fue diagnosticado correctamente de un Brown; Sequard (hemisección medular) en octubre de 2007 sin existir demoradiagnóstica.

No es posible relacionar médicamente un dolor en hipocondrio izdo., junto a otros síntomas digestivos (deposiciones oscuras, hepatomegalia) de abril de 2005, con un cuadro neurológico de hemisección medular del año 2007, ya que no refería ningún síntoma neurológico sensitivo ni motor en ese momento.

La sintomatología referida de parestesias y hormigueos en MII en noviembre de 2006, no son patognomónicos de Brown-Sequard ni de patología a nivel cervical.

No hay datos de sintomatología neurológica en la historia de atención primaria hasta julio de 2007.

A D. Esteban se le realizaron los estudios y exploraciones adecuadas a los síntomas que iba refiriendo. No existe evidencia de ninguna demora diagnóstica.

La lesión neurológica crónica no precisa ninguna actuación médico-quirúrgica urgente, ya que apenas mejora a pesar del tratamiento quirúrgico. El objeto del mismo es estabilizar la lesión ósea o hernia discal que causa la compresión y evitar que se extienda el daño a más niveles.

La intervención quirúrgica de discectomía C3-C4 y placa cervical realizada fue adecuada a la patología que refería y se le explicó el alcance y el porqué de la misma. Consta firmado consentimiento informado.

El dolor neuropático que ha aparecido posteriormente y que ha sido causa de colocación de electrodo cortical no es consecuencia de ninguna mala actuación médica ni se debe a ningún retraso diagnóstico. Forma parte de la propia lesión en sistema nervioso; periférico que padece. Es una complicación muy poco frecuente, que además ha mejorado.

Todas las actuaciones médicas realizadas al paciente, fueron correctas según la "lex artis" y "lex artis ad hoc."

SÉPTIMO.- De la relación de hechos consignada en el informe expuesto, se desprende que se está en el caso de que la determinación de la existencia de las diversas infracciones de la "lex artis" de las que dimanaría la responsabilidad patrimonial que se solicita, parte de resolver cuestiones fácticas que son eminentemente técnicas, en cuanto que pertenece al ámbito de la ciencia médica dilucidar, si se produjo el mencionado retraso diagnóstico a la vista de la lesiones inicialmente presentadas por el paciente y si el desarrollo de tales secuelas se produjo como narra el demandante.

Resulta que, cuando para apreciar algún punto de hecho de relevancia para resolver la litis, sean necesarios o convenientes conocimientos especiales, se establece como cauce adecuado para hacerlos llegar al proceso, el de la prueba pericial; sobre los hechos litigiosos existe en autos informe pericial aportado a instancia de la parte actora. Existe también la propia historia clínica, así como el informe de la correspondiente Inspección Médica ya reseñado, y se practicado además prueba de perito insaculado a instancia de la parte demandante.

El informe pericial realizado a instancia de la actora, emitido por Licenciado en Medicina y Cirugía y especialista en Medicina Interna y en Neurología, expresa, en lo que aquí interesa:

"5. CONSIDERACIONES ETIOPATOLÓGICAS

El síndrome de Brown-Sequard es un cuadro clínico que consiste en la hemisección de la médula espinal (generalmente la mitad lateral) y afecta, al nivel de la lesión a la función motora de un lado de la médula espinal, produciendo parálisis del mismo lado de la lesión y anestesia (falta de sensación de dolor y temperatura) en el lado opuesto, varios niveles por debajo del punto de la lesión.

Usualmente se presenta como resultado de un trauma penetrante, su incidencia es de 2-4% en las lesiones traumáticas de la médula espinal. Así mismo puede ser desencadenado por radiación dirigida a la médula espinal, compresión medular por hematomas epidurales a lo largo de la columna vertebral, herniación de disco cervical, tumores de la médula espinal y espondilólisis cervical.

Su diagnóstico se determina por el cuadro clínico:

Hallazgos contralaterales de pérdida de la sensibilidad del dolor y temperatura inferior a la lesión (de 2 a 4 segmentos) por lesión del fascículo espinotalámico lateral con sensibilidad de tacto-ligero preservada debido a vías ipsilaterales y contralaterales de los fascículos espinotalámicos.

Hallazgos ipsilaterales de pérdida de la función de los fascículos de la parte posterior de la médula (propiocepción y sensibilidad a la vibración) así como parálisis motora. Así mismo presenta

Síndrome de Neurona Motora Inferior a nivel de la lesión y Síndrome de Neurona Motora Superior por debajo de la lesión.

Se origina como consecuencia de un trauma o compresión medular a lo largo de la columna vertebral, herniación de disco cervical, por hematomas epidurales, tumores de la médula espinal y espondilólisis cervical.

El primer caso de síndrome de Brown-Sequard producido por hernias discales, se reportó en 1928 y desde entonces han venido siendo publicados nuevos casos en la literatura. En los estudios de Kobayashi et al y Mastronardi y Ruggeri se menciona que el hallazgo del síndrome, junto con la evidencia de una hernia discal en la mayoría de los casos paracentral o asociada a un canal cervical estrecho indican la relación etiológica.

Una vez diagnosticado el síndrome de Brown Sequard, debe tratarse la causa que lo produce, siempre que sea posible. La intervención quirúrgica precoz de la hernia cervical obtiene los mejores resultados siendo la corpectomía cervical, descompresión y fusión la técnica quirúrgica de elección para la mayoría de los autores.

(...)

CONSIDERACIONES MÉDICAS

En la documentación que se aporta al expediente consta que en el año 2005 el paciente comienza con dolor referido al lado izquierdo del abdomen, por lo que se le realiza ecografía abdominal (por dolor en hipocondrio izdo. e hipogastrio), que no mostró alteraciones.

Al dolor, referido siempre al lado izquierdo del cuerpo, se añaden alteraciones de la sensibilidad en pierna izquierda, constando que el paciente acude a la consulta del Hospital clínico en dos ocasiones en Noviembre del año 2006 por sensación de hormigueo (parestesias) en pierna izda.

La sensación de hormigueo es un síntoma neurológico que habitualmente se debe a alteración radicular o medular y lo correcto hubiera sido realizar alguna prueba encaminada a conocer la causa de esta alteración de la sensibilidad (RNM, EMG, etc). Sin embargo únicamente se pide una analítica sanguínea y se envía al enfermo a casa, sin diagnóstico, con cita para revisión en Marzo del 2007.

Ante la persistencia de los síntomas, el paciente acude el 05/06/07 a su MAP, quien le remite al hospital con un informe, donde se refieren los mismos síntomas por los que el paciente consultó en Noviembre de 2006, solicitando realización de RNM: "este paciente presenta dolor y parestesias en columna lumbosacra y MIL Debería descartarse protusión o hernia discal. Ruego valoración traumatólogo y si es posible realizar RNM de columna lumbosacra".

Esta valoración, realizada por el médico de atención primaria es la correcta y la que hubiera debido adoptarse en el hospital clínico en Noviembre de 2006.

La RNM de columna lumbosacra finalmente se realiza en el Hospital Clínico de San Carlos de Madrid el 26/06/07. Existía una protusión en el disco L4-L5 que estenosaba el foramen derecho sin compromiso de la raíz L4 y una migración caudal que contactaba con la raíz L5. Los discos L2-L3 y L3-L4 presentaban una protusión que contactaba con el saco tecal sin comprimirlo. En resumen, se observaban discretos cambios en columna lumbar,

Que afectaban a raíces derechas. Pero la afectación del paciente era en su miembro inferior izquierdo, por lo que estaba claro que la afectación del paciente se debía a otra causa que se tendría que haber seguido buscando.

Sin embargo, no se investiga la probable presencia de hernias en otras zonas, como la medula cervical.

Esta falta de atención conduce a un diagnóstico erróneo, a la pérdida de varios meses hasta que se realiza un diagnóstico correcto y al avance de la sintomatología, que pasa de una alteración de la sensibilidad en MII, en Noviembre de 2006 a falta de sensibilidad en zona genital y glúteo y síndrome de BrownSequard lado con nivel sensitivo D9-D10c descrito por primera vez en Octubre de 2007.

Hasta el 13/09/07, tres meses después de realizada la RNM, el equipo médico que atiende el paciente no se da cuenta que hay una discrepancia clínico- radiológica (alteración de la sensibilidad en el lado izdo., no explicable por afectación de la raíz dcha. en la RNM) y que la alteración de las raíces lumbares no es la causa de los síntomas del paciente.

Hasta el 27/10/07, no se pide una valoración al servicio de neurología, que el 29/10/07 pide una RNM cervico dorsal, resaltando que el paciente padece un síndrome de BrownSequard izdo. con nivel sensitivo D9-D10.

Aunque la RNM se realiza rápidamente, ya que la prioridad era "Preferente", nadie se interesa por conocer los resultados, que están disponibles si se habla con el neurorradiológico desde el mismo día en que se realiza la exploración. Se pierden así, inútilmente, otros 15 días.

Hasta el 15/11/07 no se reciben los resultados de la RNM realizada el 31/10/07, que muestra que la causa del síndrome de BrownSequard es una compresión medular por hernia discal a nivel P3-C4.

Una vez diagnosticado el paciente de síndrome de Brown-Sequard, aparentemente de un mes de evolución, debido a hernia discal C3-C4, se establece correctamente la indicación de intervenir y se deriva al servicio de neurocirugía.

Pero no se interviene porque, según consta en la documentación: "no es de área, se deriva a su hospital". Es decir, que se le envía a otro hospital, aunque el paciente ha consultado y el estudio se ha realizado en el Clínico.

Un mes y medio más tarde, el 24/12/07 es visto en el servicio de neurocirugía del hospital Gregorio Marañón. La intervención se difiere aún más. Se solicitan PESS, que se realizan el 14 de Enero y 6 de Febrero. El 29 de Febrero es vista de nuevo por neurocirugía y se decide cirugía programada, de mielopatía compresiva C3-C4. Se cita el 09/04/08 en anestesia y se ingresa el día 06/05/08 para intervención quirúrgica, siendo alta el 12/05/08.

Además del tiempo perdido en el diagnóstico de la hernia cervical C3-C4 en el hospital Clínico, se pierden también varios meses en el hospital Gregorio Marañón, donde finalmente se le interviene en Mayo de 2008. Durante este tiempo empeora la sintomatología, perdiendo capacidad de marcha y aumentando los trastornos sensitivos y el dolor.

En este caso, no se trata de una herniación sin apenas síntomas, ni tampoco de una mielopatía espondilótica crónica, sino de un síndrome de Brown-Sequard producido por la herniación de un disco cervical, que va produciendo daños que se describen en la evolución clínica, pasando de una alteración sensitiva a un síndrome de Brown-Sequard y más tarde a una alteración de la marcha con intenso dolor neuropático.

Todos los trabajos sobre el síndrome de Brown-Sequard causado por la herniación de un disco cervical que aparecen en la búsqueda de PUBMED, evidencian que con el tratamiento quirúrgico precoz se consiguen los mejores resultados.

El síndrome de Brown-Sequard producido por la compresión de una hernia de disco cervical, según se describe en la literatura científica, mejora con la descompresión quirúrgica, si se realiza antes de que los daños neurológicos causados por la compresión, se conviertan en irreversibles.

Está científicamente demostrado y en este informe se detallan las fuentes bibliográficas, que la intervención quirúrgica precoz obtiene los mejores resultados y que la técnica quirúrgica de elección para la mayoría de los autores es la corpectomía cervical, descompresión y fusión.

En este caso, desde octubre de 2007, en que se diagnosticó el síndrome de Brown-Sequard, hasta Mayo de 2008, en el que se realizó la descompresión quirúrgica, transcurrieron siete meses, sin que existiera razón alguna para demorar tanto el tratamiento.

El 16/08/08, se realiza la primera visita tras cirugía, sin que se aprecie mejoría significativa. En los siguientes apuntes evolutivos consta que no se ha conseguido mejorar al paciente: "El 21/09/08 sigue igual., El 26/11/08 más o menos igual ...".

El 13 de Octubre de 2008 el estudio neurofisiológico demuestra que no ha habido mejoría tras la intervención. Siguen afectadas las vías corticomedulares y somatosensoriales de la médula cervical. Comparativamente con el estudio realizado en Enero de 2008, la vía somatosensorial había empeorado, sin cambios de la corticoespinal.

Aunque la compresión sobre la médula espinal desapareció tras la intervención, la RNM realizada el 4 de Noviembre de 2008, mostró la persistencia de afectación medular, que se mantiene hasta la actualidad. El dolor, de características neuropáticas, no mejoró con el tratamiento indicado en la unidad de dolor, por lo que se indicó en el año 2011 implante de electrodos de estimulación de corteza motora.

Las lesiones están consolidadas y son irreversibles, habiéndole sido reconocida paciente al la incapacidad permanente absoluta.

7. RELACIÓN CAUSA-EFECTO

Se trata de un paciente que presenta sintomatología sensitiva y dolorosa, debida a la existencia de hernias discales, por lo que consulta en dos ocasiones en el hospital Clínico, en el año 2006.

El 31/10/07, la sintomatología había progresado hasta producir un síndrome de Brown-Sequard por lo que se realizó una RNM de columna cervical, que mostró una hernia discal posterior C3-C4, que ocasionaba una significativa estenosis del canal raquídeo y producía una compresión sobre el cordón medular, que era la causa del síndrome de Brown-Sequard.

Atendiendo a la necesidad de intervención quirúrgica, se desvió al hospital que le correspondía, el Gregorio Marañón. Sin embargo cinco meses después, aún estaba realizándose pruebas. El 24/12/08 es remitido desde el hospital clínico al servicio de neurocirugía del hospital Gregorio Marañón. El 14 de Enero y 6 de Febrero de 2008, constan estudios de neurofisiología del hospital Gregorio Marañón que muestran alteración de las vías medulares, El 29 Febrero de 2008 se incluye en lista de espera quirúrgica, con prioridad ordinaria (sin prioridad). El 09/04/08 se realiza el estudio preoperatorio anestésico, con ASA II. El 6 de Mayo de 2008 ingresa en el hospital Gregorio Marañón para ser intervenido de hernia discal cervical, por nivel sensitivo C8 y alteración de la deambulación en los últimos meses, siendo dado de alta el 12 de Mayo. No hay explicación para este retraso en el tratamiento, sin que pueda justificarlo el cambio de hospital dentro del sistema de salud.

En este caso se ha ido retrasando el tratamiento quirúrgico (descompresión) hasta que los daños han llegado a ser irreversibles, existiendo, tal como demuestra la experiencia médica descrita en la bibliografía, una clara relación causa efecto entre el retraso «el tratamiento quirúrgico descompresivo, la vía de abordaje y las secuelas neurológicas irreversibles que padece el paciente actualmente.

(...)

9. CONCLUSIONES

La sintomatología de parestesias en MII, referida en Noviembre de 2006 no es diagnóstica por sí misma de un síndrome de Brown-Sequard y por tanto hubiera sido lógico que se iniciaran estudios de neuroimagen (RNM).

Es censurable que estos estudios de neuroimagen, necesarios para estudiar el origen de la sintomatología que refería el paciente, no se realizaran en Noviembre de 2006, sino en Junio de 2007 y por consejo de su MAP, a quien acude el paciente después que en el hospital clínico no dieran importancia a sus síntomas.

De nuevo se perdieron varios meses al no advertir que la RNM lumbar, realizada en Junio de 2007, no mostró alteraciones en las raíces izdas (que eran las que correspondían a la sintomatología del paciente), sino mínimas alteraciones en las raíces derechas, que no podían explicar la sintomatología del paciente y por tanto, se debería haber continuado buscando alteraciones radicales a otros niveles. La discordancia en la lateralidad es la clave para el diagnóstico. No es asumible que el médico ignorara que las lesiones radicales descritas en la RNM lumbar no se correspondían con la clínica del paciente, ni con las alteraciones EMG, por lo que era necesario buscar en otro lado. Este retraso permitió la progresión de la sintomatología hacia la hemianestesia y pérdida de fuerza.

Con una normal atención al caso se hubiera observado esta discrepancia clínico radiológica, lo que no ocurrió hasta el 13/09/07 y hubiera supuesto realizar otras pruebas varios meses antes, como la RNM cervical, que se retrasó hasta el 15/11/07 y que diagnosticó la hernia discal a nivel C3-

A partir del diagnóstico de la hernia cervical C3-C4 como causa del síndrome de Brown-Sequard, se toma la decisión de intervenir quirúrgicamente, pero se difiere el tratamiento injustificadamente con pruebas dilatadas en el tiempo. Desde la indicación de intervenir hasta la intervención, en Mayo de 2008, transcurren más de cinco meses.

Aunque está demostrado que cuando la causa del síndrome de Brown-Sequard es la compresión de un disco cervical, es posible revertir los síntomas y el tratamiento debe hacerse sin demora, desde el diagnóstico del síndrome de Brown-Sequard, hasta la intervención en el hospital Gregorio Marañón, transcurrieron más de siete meses. En estos siete meses se produce un empeoramiento clínico de la sensibilidad y de la fuerza del paciente, que tiene dificultades para caminar.

A consecuencia del retraso de más de siete meses en realizar el tratamiento descompresivo, se produjeron daños medulares irreversibles, que actualmente están consolidados, persistiendo una hipoestesia severa en hemicuerpo izdo. y disminución de la fuerza en el derecho, junto con intenso dolor neuropático continuo, que no ha sido posible disminuir con tratamiento en unidad del dolor e implantación de electrodos de estimulación cortical".

Por otro lado, el informe pericial aportado por la parte demandada, realizado por Licenciado en Medicina y Cirugía, Especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología, expresa, también en lo que aquí interesa:

"(...)

III- CONSIDERACIONES MÉDICAS

El Síndrome de Brown-Sequard (SBS)

Este síndrome consiste en los síntomas y signos que se presentan tras una hemisección de la médula espinal. Usualmente se presenta como resultado de un trauma penetrante (herida por arma blanca o de fuego), siendo su incidencia de 24% del total de las lesiones traumáticas de la médula espinal.

Otras causas que lo pueden motivar son: tras radioterapia dirigida a la médula espinal, para el tratamiento de algún tumor vecino, cualquier situación que cause una compresión medular, como hematomas epidurales a lo largo de la columna vertebral, hernias discales cervicales, tumores de la médula espinal, infecciones (meningitis), isquemia medular por otras causas y enfermedades o procesos degenerativos (esclerosis múltiple, espondiloartrosis y espondilolisis cervical).

Su presentación clínica clásica consiste en los siguientes hallazgos a la exploración:

Alteración, hasta pérdida, de la sensibilidad dolorosa y a la temperatura por debajo del nivel de la lesión (de 1 a 2 segmentos), en el lado contrario a la lesión, debido a lesión del fascículo espinotalámico lateral, estando la sensibilidad de tacto ligero preservada, debido a vías ipsilaterales y contralaterales de los fascículos espinotalámicos.

Parálisis motora homolateral, y alteración o pérdida de la propiocepción y sensibilidad a la vibración, debido a pérdida de la función de los fascículos posteriores de la médula.

Por tanto su diagnóstico es, ante todo, clínico, teniendo en consideración por un lado los síntomas que el paciente describe y por otro, los hallazgos de una correcta exploración neurológica. Una vez se sospecha esta posibilidad, se pondrán en marcha las pruebas diagnósticas oportunas para confirmar el diagnóstico (EMG y RM, fundamentalmente.)

2.- Este paciente presentaba patologías sobreañadidas, sobre todo de tipo digestivo y por su alcoholismo crónico, cuya sintomatología podía superponerse y enmascarar los primeros síntomas de su proceso neurológico, que, en cualquier caso, parece que, al menos inicialmente, eran muy poco evidentes. De hecho, en los pacientes con alcoholismo crónico aparece en más de la mitad de casos la llamada polineuropatía alcohólica que pueden dar lugar a todo tipo de alteraciones neurológicas en el organismo.

La polineuropatía alcohólica: es la polineuropatía más frecuente en varones entre la cuarta y séptima década de la vida. Su causa última no está del todo aclarada, pero se produce una degeneración axonal con destrucción de cilindroejes y de mielina de los troncos nerviosos periféricos, es decir, afecta al sistema nervioso periférico, aunque en casos graves puede afectar también al sistema central. Su clínica consiste en una afectación mixta sensitivomotora de instauración insidiosa y que afecta sobre todo a los miembros inferiores.

Sus síntomas más comunes son:

Dolor, entumecimiento en miembros (inferiores sobre todo, aunque también superiores), sensación de hormigueos o parestesias distales, dificultad para la deambulación, también están presentes otras alteraciones como impotencia, estreñimiento/diarrea, etc.

Su progreso es siempre lento, destacando especialmente la debilidad muscular en los mm.ii.

Además, las exploraciones neurológicas realizadas al paciente están descritas como normales hasta octubre de 2007, no habiendo constancia de sintomatología alguna a nivel cervical ni de mm.ss. Fue en esa fecha cuando

ya aparecen los primeros signos de sospecha de un posible SBS, siendo en ese momento cuando se solicitaron las oportunas pruebas diagnósticas para confirmarlo.

3.- La presentación clínica de este síndrome puede ser aguda (en los casos de trauma penetrante o compresión inmediata, como por una fractura vertebral o un hematoma o hernia discal provocada por algún esfuerzo), o crónica, por compresiones progresivas en el tiempo (tumores, determinadas hernias discales o procesos degenerativos). En las presentaciones agudas originadas por una hernia discal cervical siempre existe dolor a este nivel así como irradiación del mismo hacia alguno de los miembros superiores. En las formas crónicas, la instauración es siempre muy lenta.

4.- El tratamiento de esta patología es, indudablemente, el quirúrgico, si bien con las siguientes matizaciones:

- En los casos agudos, la cirugía ha de ser urgente, ya que cuanto antes se controle la causa de la compresión, mayores son las probabilidades de recuperación del daño neurológico, con la salvedad de que en los casos de sección física directa de la médula espinal (heridas penetrantes por arma blanca o de fuego) nunca se llegará a obtener la curación, tan solo en los casos de compresión extrínseca se puede llegar a obtener incluso la curación completa, teniendo el mejor pronóstico los casos en que existe braquialgia o los síntomas son mínimos.

- En los casos de instauración crónica, el diagnóstico definitivo y la mielopatía se suele detectar cuando ya han transcurrido meses de evolución, por lo que no existe ningún carácter de urgencia para la cirugía, salvo que tenga lugar un empeoramiento brusco e inesperado de la clínica. En estos casos el pronóstico es incierto, aunque generalmente se obtiene una mejoría, rara vez se llega a conseguir la recuperación total.

IV.- ANÁLISIS DE LA PRÁCTICA MÉDICA

Teniendo en cuenta los antecedentes del paciente y puesto que la patología inicial (abril de 2005) era de tipo digestivo, la orientación diagnóstica y el tratamiento inicial fueron dirigidos en ese sentido, de modo totalmente lógico y correcto.

La sintomatología aparecida posteriormente, en noviembre de 2006 de tipo neurológico (sólo sensación de hormigueos en hemiabdomen izquierdo) era muy inespecífica y, puesto que en ese momento el resto de exploración neurológica era normal, era lógico que se interpretase en relación con una posible neuropatía alcohólica o de cualquier otro tipo (p.e. vírica), siendo comprensible el que no se le solicitaran pruebas diagnósticas especiales. El paciente fue citado para revisión en marzo de 2007, no acudiendo a dicha cita.

Fue en junio de 2007 cuando, tras ser nuevamente visto por su médico de AP, éste le remitió de nuevo al H. Clínico para ser valorado por Traumatología, pues ya presentaba más síntomas neurológicos que podían hacer sospechar tan solo de una patología lumbar, recomendando la realización de una RM de dicha zona.

En ningún momento el paciente manifestó síntomas a nivel cervical ni de mm.ss.

Le fue realizada dicha RM en junio de 2007, encontrando alteraciones degenerativas y profusiones discales, sobre todo a nivel L4-L5, donde además aparecía una hernia discal con una lateralización derecha. El traumatólogo que lo valoró hacía constar que había dolor en columna lumbosacra y parestesias en mii, así como la existencia de discordancia clínico radiológica (es decir los síntomas del paciente eran del lado izquierdo y la imagen de posible hernia discal derecha).

Revisado de nuevo en septiembre, todo seguía apuntando a patología de origen lumbar ya que se describe (13-09-07): dolor lumbar de más de un año de evolución, irradiado hacía región inguinal y pierna izquierda, por cara anterior, hasta el tobillo. Se le solicitó una EMG (cuyo resultado fue inespecífico) y tratamiento rehabilitador.

Cuatro meses más tarde (octubre-07) es cuando fue remitido para valoración por Neurología, donde aparecen descritos por primera vez síntomas de hipoestesia en periné y región glútea. Aún así, el diagnóstico no estaba claro clínicamente ya que está anotado, como sospecha la presencia de un pseudo SBS dorsal a nivel sensitivo D9-D10. Por ello se le solicitó la realización de una RM cervical con carácter de urgencia, que confirmó la presencia de una hernia discal cervical C3-C4 con importante mielopatía a ese nivel y cambios degenerativos avanzados. A pesar de estos hallazgos hay que recalcar que el paciente seguía sin mostrar ninguna sintomatología a este nivel.

Es decir, que el diagnóstico correcto se realizó el 15-11-07, fecha en que se vio al paciente con el resultado de la RM., justo un año después de los primeros síntomas de hormigueos en hemiabdomen izquierdo. Esta evolución fue, como se puede deducir, muy lenta y progresiva, y a esas alturas la mielopatía ya estaba instaurada.

Una vez hecho el diagnóstico y, por tanto, indicado el tratamiento quirúrgico (no urgente, según lo expuesto más arriba) el paciente fue derivado a su Hospital de zona para proceder al mismo.

Fue visto por Neurocirugía del H. Gregorio Marañón al mes siguiente (24/12/07) donde nuevamente describen una evolución insidiosa de más de un año. Solicitaron nuevas pruebas diagnósticas electrofisiológicas, que confirmaban el diagnóstico, poniendo al paciente en lista de espera quirúrgica no urgente, puesto que, aparte de la larga evolución y los síntomas y signos clínicos poco intensos, se encontraba estable desde el punto de vista neurológico, según está descrito en la historia.

La intervención realizada en mayo de 2008 (cinco meses tras la primera visita al H. Gregorio Marañón) fue la adecuada para ese diagnóstico, estando el paciente convenientemente informado de que podía no mejorar de sus síntomas, como así sucedió, y como era previsible, dada la cronicidad del proceso.

La evolución y tratamientos posteriores fueron los adecuados para una situación de dolor neuropático residual, no mereciendo más comentarios.

V.- CONCLUSIONES GENERALES

1.- El SBS es una patología muy poco frecuente y de diagnóstico no sencillo, salvo en los casos agudos. Cuando la instauración es progresiva e insidiosa, los síntomas, durante los primeros meses, pueden ser totalmente inespecíficos y comunes a multitud de patologías de otra índole y si, además, como era el caso, el paciente presenta otra serie de trastornos generales, destacando el alcoholismo crónico, era comprensible y justificado que las sospechas diagnósticas no fueran dirigidas hacia ese síndrome .

Cuando comenzaron a abundar los síntomas neurológicos, siempre de forma muy lenta y bastante inespecífica, así como comunes a una posible polineuropatía alcohólica, se le realizaron las pruebas diagnósticas oportunas, las cuales tampoco eran definitorias. Puesto que no presentaba ninguna clínica cervical ni dorsal estaba justificado el no realizar pruebas de neuroimagen a esos niveles.

La EMG realizada en sept.-07 (ya con más de un año de proceso) era inespecífica, en caso de padecer el paciente un SBS claro, indudablemente lo hubiera detectado.

3.- Incluso tras una exploración detallada y meticulosa por el Servicio de Neurología, y, repito, tras más de un año de evolución, el diagnóstico era de sospecha de un pseudosíndrome de SBS., lo cual apoya el hecho de que ni la clínica ni las pruebas realizadas hasta ese momento (octubre de 2007) eran concluyentes.

4. Una vez hecho el diagnóstico tras la RM cervical donde se apreció la mielopatía, la operación se realizó 6 meses después, lo cual, para un caso de tan larga evolución no se puede considerar un tiempo excesivo.

5. Dada la larga evolución del proceso, lo más probable es que la mielopatía que presentaba el paciente ya era irrecuperable, aunque se hubiese operado mucho antes.

6. No se puede comparar en absoluto un SBS agudo con uno crónico en cuanto a la urgencia del tratamiento quirúrgico. La prioridad del mismo sólo es aplicable al primero."

Por fin, el informe emitido por perito insaculado, Licenciado en Medicina, y Neurólogo:

"(...)

Enfermedad degenerativa de la columna cervical

La afectación degenerativa de la columna cervical relacionada con la edad se desarrolla en los segmentos cervicales medios, reflejando la distribución de la presión en el cuello por la postura de bipedestación y la carga. En persona de edad se localiza en los niveles C5-C6 y C6-C7, también afecta C3-C4 y C4-C5.

La degeneración de los discos se asocia con la formación de osteofitos alrededor de los forámenes de los platillos vertebrales, con degeneración e hipertrofia de las carillas articulares. La deshidratación de los discos puede resultar en un enderezamiento del cuello e incluso postura cifótica perdiendo la lordosis fisiológica.

Mielopatía puede ocurrir por herniación del disco y osteofitos que comprimen la médula cervical. La compresión puede afectar a las células de las astas anteriores, además de provocar, isquemia y congestión venosa, micro traumatismos repetidos o una combinación de estos. En general, 25% de los pacientes con mielopatía espondilostica cervical la compresión permanece estática, pero 75% se deterioran de forma progresiva. Comúnmente se observa un deterioro inicial continuado por periodos de estabilización, aunque muchos pacientes posteriormente progresan si no se realizan medidas terapéuticas. El punto principal de la cirugía es prevenir el deterioro, aunque también se pueden obtener mejoría de los síntomas y signos clínicos previos.³ Si la causa de la compresión medular es por un prolapsos del disco en una columna cifótica, entonces la descompresión por vía anterior es preferible. Cuando se realiza laminectomía se intenta aumentar el canal medular con laminoplastia. En algunas series después de la laminectomía, 56% de los pacientes mejoran, 25% se estabilizan y 19% empeoran levemente...

Mielopatía espondilótica cervical

Se trata de una enfermedad vertebral progresiva y la causa más importante de afección medular no traumática. La degeneración de varios componentes de la vértebra y los cambios anatómicos correspondientes de la columna resultan en una estenosis del canal y la posterior compresión de los elementos neurales.

Es la espondilosis cervical la causa más común de mielopatía cervical. La diferencia con la mayoría de otras causas de afectación medular donde los tratamientos médicos son la primera opción, es la pronta indicación de la cirugía, como medida terapéutica clave para interferir en la historia natural de la mielopatía espondilótica cervical (MEC) y mejorar el pronóstico. La cirugía en el primer año del comienzo de los síntomas mejora el pronóstico.

Sin embargo, el diagnóstico de MEC no está exento de dificultades porque los síntomas y signos tienen un espectro muy variable en la población analizada.³ El comienzo de los síntomas es insidioso, con largos periodos de estabilización y otros de empeoramiento. Algunos datos clínicos que comúnmente aparecen como la marcha espástica, continuada por parestesias en las extremidades superiores y pérdida del control motor fino de las manos sugieren la presencia de mielopatía...

Signos y síntomas

La aparición y variedad de los síntomas es muy variable, sin embargo ninguno de ellos es patognomónico. El comienzo es insidioso, y la duración de los síntomas en las primeras series publicadas oscilaban entre una semana y 26 años, y todos los pacientes presentan síntomas durante más de un año desde su aparición al diagnóstico.

Los síntomas antes mencionados, trastorno de la marcha por espasticidad era uno de los primeros síntomas, continuando por parestesias de MMSS y pérdida del control motor de las manos. Otro síntoma común es el dolor cervical también referido a los hombros y escapulas. Un tercio de los pacientes asocian cervicalgia con cefalea y 2/3 con hombro doloroso bilateral, dolor irradiado a los brazos con largos periodos de remisión.

Los signos referentes a afectación de moto neurona superior (MN) como espasticidad, hiperreflexia, clonus, signo de Babinski y a veces disfunción vesical e intestinal pueden estar presentes. Estos datos pueden aparecer conjuntamente con signos de MN inferior, tales como hiperreflexia y atrofia la MMS Parestesias en MMII es un síntoma inespecífico, aunque pueden explicarse por la alteración de las columnas dorsales.

Neuro-imagen diagnóstica

El diagnóstico de MEC incluye Rx cervical que puede demostrar la presencia de la formación de osteofitos, cifosis subluxación.

La RM de la columna cervical es la herramienta más útil para valorar el estado de la medula, los ligamentos y los discos intervertebrales, también ayuda para descartar otros diagnósticos como la presencia de tumor o cavidades siringomielicas.

Hiperintensidad en la secuencia t2-W a nivel de la compresión que se correlaciona con la MCE y se supone que es un importante factor pronóstico. Estos hallazgos también representan la existencia de edema e inflamación.

También la presencia de hipointensidad de la señal, en T1 demuestra ser un signo de mayor severidad, indicando isquemia, mielomalacia o gliosis que se correlaciona con un curso postoperatorio de peor pronóstico.

La recomendación de terapia quirúrgica es para casos de moderado a severo de MEC y de los casos leves siempre que el paciente tenga unas condiciones clínicas buenas. El objetivo del procedimiento quirúrgico es resolver la compresión medular y conseguir una estabilización.

La creencia de que los pacientes con mielopatía leve debían de ser tratados con medidas conservadoras ha cambiado debido a que el curso clínico de la enfermedad es de deterioro progresivo y que cuanto más precoz se realiza la intervención la recuperación funcional mejora a largo plazo."

En el momento del diagnóstico los síntomas presentes por orden de frecuencia son:

parestesias de MMSS (85,704, bipedestación inestable (66,6%), paresia de MMSS (61,9%), dolor cervical (59,5°, parestesias de MMII (50%), paresia de MIVIII (42,8%), alteración de la coordinación motora (35,7%), e incontinencia urinaria (16,6%).

CONSIDERACIONES MÉDICAS

Don Esteban comienza con síntomas del MI izquierdo en el mes de agosto de 2006 consistente en parestesias que persisten en los meses siguientes asociando posteriormente dolor en FII. Estos síntomas iniciales, aislados, sin signos patológicos objetivos en el examen físico-neurológico, no indican una afección determinada y no

requieren de un estudio exhaustivo indicando al paciente la realización de ciertas determinaciones básicas, tratamiento farmacológico del dolor y un seguimiento evolutivo ambulatorio, siendo revisado semanas más tarde, no objetivando en las pruebas realizadas datos clínicos de enfermedad metabólica o infeccioso-inflamatoria. La cita ambulatoria siguiente indicada en los comentarios no se realizó (marzo/2007). El día 08/06/2007 acude a Consulta remitido por MAP con indicaciones de estudio de RM lumbar y valoración por Traumatología por síntomas de dolor lumbar y parestias en región lumbosacra. Con los resultados de las pruebas solicitadas, los síntomas y el examen clínico realizado, el facultativo concluye que los datos patológicos referidos a la región lumbar no se corresponden con la clínica del paciente expresando en la historia clínica el comentario siguiente: Ausencia de correlación clínico-radiológico, justifico la realización de un estudio mas selectivo y la valoración por Neurología, que fue efectuada el día 29/10/07 Con los datos clínicos objetivados en la exploración y los resultados de la RM cervical se pudo concretar, en las dos semanas siguientes, el diagnostico cierto de Mielopatía cervical por compresión discal, indicando la valoración por Neurocirugía para aplicación de medidas terapéuticas.

Los datos de la documentación clínica, experiencia acumulada y de las referencias medicas analizadas confirman situaciones conocidas de la practica medica habitual, en el escenario de afecciones neurológicas infrecuentes sin clínica específica que justifique la realización de estudios invasivos, donde lo importante es un estudio básico, medicación sintomática y una observación evolutiva. Se siguieron estas pautas hasta la aparición de nuevos signos clínicos que fueron interpretados por el MAP como lesión discal lumbo-sacra y remitiendo al paciente al Servicio de Traumatología para valoración. Los datos clínicos presentes necesitaban de la intervención de un neurólogo que analizando la historia y examen indicó las pruebas clínicas necesarias para un diagnostico y una indicación terapéutica acertada.

No se han observado situaciones de practica medica inadecuada por los facultativos (Medicina de Familia, Traumatología, Rehabilitación y Neurología) que intervinieron en el Hospital Clínico en la asistencia de D. Esteban ni de la indicación de las pruebas diagnosticas realizadas. El diagnostico de mielopatía objetivado en el examen de neuroimagen explica los síntomas recogidos en la historia y exploración clínica por el neurólogo, trastorno de la marcha y síndrome piramidal el día 29/10/2007.

La atención realizada en el Servicio de Neurocirugía HGUGM fue realizada cinco semanas después objetivando un trastorno de la marcha por espasticidad, sugestivo de paraparesia espástica con déficit somato sensitivo, resultado de compresión medular cervical posterior, indicando ingreso el 29 de febrero para cirugía programada.

El tiempo para la realización de nuevas pruebas diagnosticas y de la aprobación por el Servicio de Anestesia añadido a la Lista de Espera Quirúrgica resultaron en una demora de cuatro meses (07/05/2008) en la aplicación de las medidas terapéuticas realizadas.

El diagnostico de mielopatía cervical espondilótica es complejo y difícil. Al inicio de la sintomatología en el padecimiento de D. Esteban , el cuadro clínico inicial no se correspondía con la evolución clínica resultante en una mielopatía cervical, sin embargo la exploración neurológica realizada en octubre del 2007 evidenció signos clínicos acordes con el diagnostico de afectación medular cervical.

Es bien conocida la demora de estos diagnósticos en la literatura médica, que llega hasta los cuatro años desde el inicio de los síntomas . Los pasos comienzan en el MAP pasando por el Traumatólogo hasta llegar al Neurólogo/Neurocirujano S. El dolor en la región lumbar o MMII no es un síntoma aislado que indique una compresión medular cervical.

La atención medica recibida, las pruebas clínicas y las medidas terapéuticas realizadas, así como la información recibida de los facultativos que intervinieron en el proceso diagnostico, terapéutico y evolución fueron correctas, cumpliendo la lex-artis.

El retraso de las medidas terapéuticas observado, dependió de las agendas de citación para pruebas complementarias, interconsultas y posterior ingreso. Es difícil conocer en cada momento los plazos de la "lista de espera quirúrgica" pero además de las situaciones urgentes que no pasan por esa Lista de Espera, otros procesos que requieran intervención adelantada deben considerarse como "preferentes o prioritarios" por el facultativo responsable.

La responsabilidad del mal funcionamiento de los servicios prestados en este caso particular no parece haber ocasionado una prolongación de la estancia hospitalaria, aparición de complicaciones, ni peor curso evolutivo postoperatorio ya que el grado de discapacidad de D. Esteban es igual del que presentaba en el momento de la valoración neurológica realizada el día 10 de Octubre de 2013. Se puede concluir que existió un retraso en la intervención terapéutica quirúrgica y como consecuencia, un posible enlentecimiento o ausencia de remisión del déficit neurológico presentado previamente, como es bien reconocido que la pronta resolución de la compresión medular resulta en una disminución de las secuelas y una más rápida recuperación .

EXTREMOS DE LA PERICIA

Primera.- Examen físico

Lesiones residuales: Paraparesia espástica asimétrica con alteración somato sensitiva de MI izquierdo, alteración de la marcha y dolor neuropático.

Si guarda relación con la hernia C3-C4 y la compresión medular previa: Déficit residual a mielopatía

Valoración de las secuelas:

Craneoplastia 5 puntos

Hernia discal cervical operada 5 puntos

Limitación de la movilidad cervical 10 puntos

Osteosíntesis columna cervical 15 puntos

Síndrome de hemisección medular o paraparesia leve 40 puntos

Total 75 puntos

Segunda.- A la vista del motivo de las 2 consultas realizadas por el paciente al H. Clínico el 8 y 24 de noviembre por "sensación de hormigueo en pierna izquierda desde agosto (folio 222 y 223) del expediente administrativo) indique:

-Si la sensación de hormigueo en pierna izquierda es un síntoma neurológico y guarda relación con la hernia C3-C4 que presentaba y le comprimía la medula: Es un síntoma neurológico subjetivo con etiología múltiple

-Si a la vista de dicha sintomatología hubiera sido necesario realizar una prueba de imagen para conocer la causa de esa alteración sensitiva, máxime teniendo en cuenta que la analítica solicitada no justificaba el síntoma descrito por el paciente: Sin signos objetivos de déficit en la exploración se indica observación y seguimiento evolutivo.

-Si solicitar, únicamente, una analítica no es acorde a la buena praxis médica al no ser una prueba que ayude a conocer la causa del hormigueo en pierna izquierda: La búsqueda de síndromes toxico-metabólicos es acorde con la práctica médica habitual.

Tercera.- Si a la vista del resultado de la RM lumbar realizada al paciente en el COT el 26 de junio de 2007, cuyos hallazgos no justificaban la clínica que presentaba, hubiera sido prudente realizar una RM de otras partes de la columna, por Ej., la cervical, a fin de descartar el diagnóstico de sospecha emitido por el MAP y motivo de su derivación al hospital "descartar protrusión o hernia discal"

Esta indicación del MAP fue resuelta con la realización de RM lumbar y evaluación por Traumatología.

A este respecto indique si una RM lumbar descarta toda hernia discal que pudiera tener el paciente o solo la referida a la zona lumbar: Solo excluye patología lumbo-sacra

Cuarta.- Teniendo en cuenta que la citada RM fue informada el 26 de junio y no confirmaba los síntomas del paciente, diga ser cierto que dilatar la consulta con el traumatólogo 2 meses y 17 días (13 de septiembre de 2007, folio 245 del expediente administrativo) para ver dicha prueba de imagen es un tiempo excesivo: El intervalo de tiempo es dependiente de las Listas de Espera, sin embargo también está relacionado con los hallazgos Radiológicos que indicaban patología discal degenerativa y precisaba la valoración de traumatología.

Quinta.- Diga ser cierto que una vez remitido por el Servicio de Traumatología al Servicio de Neurología al paciente a la vista de que en 4 meses no habían encontrado el origen de los síntomas del paciente, llegaron al diagnóstico de pseudo Brown-Sequar en la primera consulta y "tras revisar las pruebas realizadas" hasta ese momento.

Signos neurológicos de la exploración y datos de la historia clínica.

A este respecto, diga ser cierto que no es verdad que el motivo del diagnóstico emitido por el Servicio de Neurología, con las mismas pruebas realizadas por el Servicio de traumatología, fuera por la clínica nueva que según el médico inspector tenía el paciente en ese momento "adormecimiento hacia la zona genital y glúteo", toda vez el 13 de septiembre de 2007 ya consta en las anotaciones reflejadas por el Servicio de Traumatología (folio 245) que el dolor " irradiaba hacia la región inguinal y pierna izquierda. Por cara anterior hasta el tobillo" y el 7 de octubre (folio 262) " refiere incapacidad de erección": El análisis retrospectivo de la situación clínica con frecuencia es más preciso, sobre todo, si se le asocia una consulta especializada con signos neurológicos específicos y los resultados del estudio radiológico y neurofisiológico realizado en Octubre, el día 4.

Sexta.- Diga ser cierto que no tiene justificación alguna retrasar 15 días la consulta con neurocirugía (15 de noviembre) a la vista de los hallazgos encontrados en RM cervical Realizada el 31 de octubre ("hernia C3-C4, con signos de mielopatía compresiva."); Los días hábiles de Consulta fueron 8 entre la fechas indicadas y la consulta de neurología se realizó el día 29 de Octubre, indicando un estudio RM cervical preferente y posterior consulta con los resultados y decisión clínica.

Séptima.- Diga ser cierto que tampoco está justificado el retraso en operar al paciente desde que es remitido al 15 de noviembre de 2007 del Clínico al Hospital GM (folio 267; plan: envío a Neurología para operar. Doy RMN, no es de Área) hasta que le operaron el 7 de mayo de 2008 . **La dilatación del periodo de tiempo transcurrido hasta el ingreso no es justificable aunque se necesitaran nuevas pruebas clínicas y aprobación por el Servicio de Anestesia.**

Octava.- Diga ser cierto que no es verdad que el 31 de octubre cuando le detectaron mediante RMN la HERNIA DISCAL C3-C4 QUE LE OCASIONABA UNA MIELOPATÍA (lesión medular) era una lesión crónica, como dice el médico inspector, al demostrarse que la lesión empeora con el paso del tiempo sin ser operado, toda vez cuando el paciente fue recibido en HGGM (folio 47) consta que presenta "dolor difuso en todo el cuerpo, cuello, brazos y cabeza" que no consta tuviera antes: La mielopatía se clasifica en aguda, subaguda y crónica dependiendo del periodo de tiempo desde su instauración, progresión y clínica.

Novena.- Diga ser cierto que el propio Jefe de Servicio de Neurocirugía del HGGM, donde le operaron, reflejo en su informe (folios 269 y 270) que el objetivo de la operación era estabilizar la clínica y que no empeore por lo que no es cierto que la clínica estuviera estabilizada en octubre de 2007 cuando le detectaron la hernia, como refleja el Médico Inspector en su informe: La situación clínica no se estabilizó hasta después de la intervención quirúrgica.

Décima.- Diga ser cierto que una vez diagnosticada la hernia que presentaba el paciente con compresión de la medula cuanto antes le operaran mejor: La cirugía realizada intenta parar la progresión de la lesión medular y la mejoría clínica si la lesión medular no está definida.

Undécima.- Teniendo en cuenta que el 31 de Octubre de 2007 se tenían ya los resultados de la RM que informaba de la hernia discal C3-C4 causante de una importante mielopatía diga ser cierto que existieron varios retrasos

- Desde que se obtuvo el resultado de la RM (31 de octubre) hasta que le dieron la cita con el neurólogo (15 de noviembre), a pesar de tratarse de una patología grave

- Desde que le ve el neurólogo y remite al paciente para cirugía (15 de noviembre) hasta que le ve el neurocirujano del HGM (24 diciembre)

- Desde que le ve el neurocirujano con indicación quirúrgica el 24 de diciembre hasta que le operan el 7 de mayo de 2008. Cuestiones previamente respondidas.

Duodécima.- Indique fue la evolución de la sintomatología del paciente desde que consulto por primera vez en noviembre de 2006 hasta que fue operado en mayo 2008. Sintomatología de evolución lentamente progresivo con periodos de estabilización.

Décimo-Tercera.- Indique si el retraso en diagnosticar al paciente la hernia discal que presentaba y le comprimía la medula el operarle desde que tuvieron conocimiento de ello en octubre de 2007 ha influido en las secuelas que actualmente presenta.

No hubo una progresión clínica desde el diagnóstico en indicación quirúrgica, exceptuando el inicio de dolor neuropático que puede presentarse con retardo por efecto de los axones previamente lesionados, hecho conocido. Sin embargo, se objetiva un empeoramiento subclínico en las pruebas neurofisiológicas realizadas.

Décimo- Cuarta.- Indique cualquier otra cuestión que desee.

Los tiempos desde el diagnóstico a la aplicación de las medidas terapéuticas pueden variar dependiendo de la prioridad, lista de espera quirúrgica, cambio de AREA por LE o segunda opinión y no son relacionadas con la actividad médica.

La demora del proceso terapéutico mayor de 3 meses fue considerable y aunque el Real Decreto 605/2003, de 23 de Mayo establece medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre las listas de espera en el Sistema Nacional de Salud.

El Anexo III establece Establecimiento de prioridades para inclusión en lista de espera.

Prioridades para indicación quirúrgica:

Prioridad 1: pacientes cuyo tratamiento quirúrgico, Siendo programable, no admite una demora superior a 30 días.

CONCLUSIONES

Existió una demora quirúrgica entre el diagnóstico y la aplicación de las medidas terapéuticas."

OCTAVO.- La valoración de los antedichos medios probatorios pasa por dos consideraciones previas: la primera de ellas es que las pruebas periciales no acreditan irrefutablemente un hecho, sino que expresan el juicio o convicción del perito con arreglo a los antecedentes que se le han facilitado, por lo que no prevalece necesariamente sobre otros medios de prueba, ya que no existen reglas generales preestablecidas para valorarla, salvo la vinculación a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios traídos al proceso, aunque es claro que la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside en gran medida en su fundamentación y coherencia interna, y en la independencia o lejanía del perito respecto a los intereses de las partes; la segunda, es que en los informes de la Inspección Sanitaria la opinión de los técnicos se obtiene extraprocesalmente, por lo que la fuerza vinculante de sus opiniones no tiene las características de la prueba pericial, pero ello no supone que queda privada de todo valor, ya que puede ser ponderada como elemento de juicio en la valoración conjunta de la prueba, siendo de significar que los Inspectores Médicos han de ser independientes del caso y de las partes y actuar con criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad.

NOVENO.- Como sea de ver, nos encontramos ante un paciente, como así consta de la historia clínica, de 56 años de edad en el momento del inicio (abril de 2005) del proceso a analizar, que fue atendido por primera vez debido a un cuadro de dolor abdominal en hipocondrio izquierdo, estreñimiento y deposiciones oscuras, sin alteraciones neurológicas. Atendido por el especialista en Medicina Preventiva del H. Clínico, se le solicitaron varias pruebas, entre ellas una ecografía abdominal, una gastroscopia y colonoscopia, y una analítica completa, remitiéndole, una vez obtenidos todos los resultados, ya en octubre, a los especialistas en aparato digestivo, quienes diagnosticaron una hepatopatía crónica de etiología etílica y varices esofágicas grado 1-2, instaurando el correspondiente tratamiento.

Atendido nuevamente en noviembre de 2006 en el H. Clínico por presentar hormigueos en pierna izquierda, la exploración neurológica era normal (reflejos normales y sensibilidad conservada), se le realizó nueva analítica, que seguía mostrando datos de hepatopatía crónica de origen alcohólico, se continuó el tratamiento adecuado y fue citado para revisión en marzo de 2007, no acudiendo a esta cita.

Revisado en junio, y ante la persistencia de los hormigueos por la pierna izquierda, se le realizó un estudio por RM (26-6-07), donde aparecían cambios degenerativos (artrósicos) y discopatía degenerativa múltiple, especialmente en L4-L5, donde existía además una hernia discal lateralizada al lado derecho.

Entre septiembre y octubre de 2007 fue visto por los servicios de traumatología, rehabilitación y neurología, describiéndose un cuadro de dolor lumbar de más de un año de evolución, con irradiación hacia ingle y cara anterior del muslo izquierdo hasta tobillo, presencia de parestesias en MII, con reflejos vivos y simétricos, apuntando el traumatólogo una discordancia clínico-radiológica (hernia discal L4-L5 derecha y dolor y disestesias en MII). Se le solicitó entonces una EMG y tratamiento rehabilitador.

La EMG (4-10-07) no mostró hallazgos valorables, tan solo una mínima radiculopatía motora L5-S1.

Tras la interconsulta con neurología ese mismo mes, aparece por primera vez una exploración sospechosa de S. de Brown-Sequard a nivel D9-D10 sensitivo izquierdo, por lo que se le solicitó una RM de columna cervical y dorsal. Dicha RM, informada el 15-11-07, revelaba la presencia de una importante mielopatía cervical compresiva por hernia discal a nivel C3-C4. Como dicho diagnóstico era indicativo de un tratamiento quirúrgico, fue remitido a su hospital de zona (H. Gregorio Marañón).

El paciente fue visto por primera vez en consultas de Neurocirugía de dicho Hospital el 24-12-2007, donde se describe un historial de dolores por todo el cuerpo, de más de un año de evolución, acompañados de dificultad para caminar, por pérdida de fuerza en mm.ii., y disestesias (hormigueos) en hemicuerpo izquierdo.

Se le realizaron estudios neurofisiológicos (14-01-08 y 6-02-08) que informaban de alteraciones de la vía somatosensorial y corticoespinal bilateral, más acusadas en el lado izquierdo, y con nivel lesional cervical. El paciente permaneció estable clínicamente, se le propuso tratamiento quirúrgico que aceptó, siendo intervenido el 7 de mayo de 2008 mediante microdiscectomía y fusión C3-C4 con injerto óseo y síntesis (placa, caja y tornillos), sin complicaciones intra ni postoperatorias.

En octubre de 2008 se realizó un nuevo estudio EMG que informaba de persistencia de signos de afectación de las vías corticoespinal y somatosensorial a nivel cervical, tanto para mm.ss. como mm.ii., observando un ligero empeoramiento en la vía somatosensorial con respecto al estudio previo (enero-08)

El 4-11-08 nueva RM de control que informaba: estenosis del canal raquídeo cervical de causa degenerativa, mielopatía a nivel C3-C4 y estenosis foraminal múltiple.

Aunque el paciente mejoró, recuperando movilidad en el lado izquierdo del cuerpo, el cuadro doloroso neuropático persistió tras la intervención, por lo que fue remitido a tratamiento por la Unidad del Dolor, en junio de 2010, precisando finalmente implante de electrodos de estimulación cortical, cirugía realizada el 27-05-2011, con ayuda de neuronavegador, ante el fracaso del tratamiento medicamentoso.

Revisado por última vez el 1-07-2011, se consideró el resultado como muy favorable, ya que el dolor intenso desapareció, de modo que sólo precisaba tomar analgésicos menores ocasionalmente, por lo que fue dado de alta por fin de tratamiento.

El paciente acabó en situación de incapacidad permanente absoluta, y reclama por un supuesto retraso diagnóstico de su lesión y retraso en el tratamiento que le ocasionaron las secuelas definitivas.

De todo lo actuado en esta Sede y en vía administrativa, ha de observarse, esencialmente del resultado de las pruebas periciales practicadas y de todo lo estudiado, la existencia de un retraso y tratamiento de la enfermedad sufrida por el reclamante, pero únicamente en cuanto se refiere al propio tratamiento quirúrgico, no así, como se pretende por el demandante, desde el inicio de su patología hasta el diagnóstico certero de la misma, dadas las propias características del paciente y su padecimientos sobreañadidos de tipo digestivo y la existencia de una polineuropatía alcohólica, cuyas sintomatologías podía superponerse y enmascarar determinados síntomas de su proceso neurológico, en concreto, alteraciones neurológicas, todo ello hasta llegar al diagnóstico más temprano de padecimiento de un síndrome de Brown-Sequard izquierdo, que se describe por primera vez en Octubre de 2007; patologías estas que obvia el propio recurrente y que determinarían en su caso que los síntomas clínicos no fueran evaluados mas prontamente, pero lo que no supone que existiera una falta de atención o la conclusión de un diagnóstico erróneo, pues como se expresa, en todo caso los síntomas presentados por aquél no evidenciaban más que dolencias lumbares, ello en Noviembre de 2006, cuando aparecen síntomas de parestesias en MII, síntomas que no es específico de una mielopatía compresiva cervical, habiendo sido empero realizada exploración neurológica que no dio como resultado hallazgos significativos siendo citado para Marzo de 2007, no acudiendo el mismo a consulta, hasta el mes de Junio de dicho año, no existiendo más consultas hasta el mes de Septiembre, refiriendo el interesado por primera vez en Octubre dolor en zona genital y glúteo que fue la que llevo, por primera vez, al ya dicho diagnostico de mielopatía cervical crónica y siendo por ello derivado el Hospital Gregorio Marañón.

Ahora bien, a pesar del citado retraso apreciado por el perito insaculado, que considera que la dilatación del periodo de tiempo transcurrido hasta el ingreso para la citada intervención, desde el 15 de Noviembre de 2007 a 7 de Mayo de 2008, no es justificable aunque se necesitaran nuevas pruebas clínicas y aprobación por el Servicio de Anestesia, resulta que de éste, también expresa el miso que no hubo una progresión clínica desde el diagnóstico en indicación quirúrgica, exceptuando el inicio de dolor neuropático que puede presentarse con retardo por efecto de los axones previamente lesionados, hecho conocido. Sin embargo, se objetivo un empeoramiento subclínico en las pruebas neurofisiológicas realizadas, de lo que se infiere que en todo caso, como el propio perito expresa, la cirugía realizada intentaba para la progresión de la lesión medular y la mejoría clínica si la lesión medular no estaba definida, de forma que dicha situación clínica no se estabilizó hasta después de dicha intervención.

No existe por tanto constancia de la existencia de causación de unas determinadas secuelas en el paciente como consecuencia de un cierto retraso en dicha intervención, que además se condicionado por la existencia de lista de espera, al tratarse de una intervención programada, si bien el paciente debió ser considerado como prioritario. Retomando las consideraciones médicas de dicho perito,... "La responsabilidad del mal funcionamiento de los servicios prestados en este caso particular no parece haber ocasionado una prolongación de la estancia hospitalaria, aparición de complicaciones, ni peor curso evolutivo postoperatorio ya que el grado de discapacidad de D. Esteban es igual del que presentaba en el momento de la valoración neurológica realizada el día 10 de Octubre de 2013. Se puede concluir que existió un retraso en la intervención terapéutica quirúrgica y como consecuencia, un posible enlentecimiento o ausencia de remisión del déficit neurológico presentado previamente, como es bien reconocido que la pronta resolución de la compresión medular resulta en una disminución de las secuelas y una más rápida recuperación."

Nos encontramos por ello, ante una pérdida de oportunidad que no puede ser considerara como una mala praxis en cuanto al previo tratamiento y diagnóstico del padecimiento de la mielopatía compresiva detectada.

DÉCIMO.- En relación con el consentimiento informado, el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 4 de junio de 2013 (recurso 2187/2010) ha señalado: "Respecto a esta materia procede recordar la STS de fecha 10-10-2007 que establece: En reiteradísimas sentencias nos hemos pronunciado sobre dicha necesidad, a la luz de lo dispuesto en el art. 10.5 de la Ley General de Sanidad de 1.988, (sic) aplicable al caso de autos en cuanto los hechos ahora examinados tuvieron lugar con anterioridad a la Ley 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Por

todas citaremos la Sentencia de 20 de abril de 2.007 (Rec.2519/2003) donde se dice: "El art. 10 de la Ley General de Sanidad 14/86 , expresa que toda persona tiene con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias, entre otros aspectos, derecho "a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento" (apartado 5); "a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención", (apartado 6) excepto, entre otros casos que ahora no interesan, "cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas" (letra b)); y, finalmente, "a que quede constancia por escrito de todo su proceso" (apartado 11).

Se da así realidad legislativa al llamado "consentimiento informado", estrechamente relacionado, según la doctrina, con el derecho de autodeterminación del paciente característico de una etapa avanzada de la configuración de sus relaciones con el médico sobre nuevos paradigmas.

La *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal*, pone de manifiesto el carácter consustancial que el elemento de la información tiene con la prestación de consentimiento en relación con la disposición de los datos personales, pues en el artículo 3.h) define el consentimiento del interesado como "toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen", y en el artículo 11.3 dispone que "Será nulo el consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal a un tercero, cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comunicar".

Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad.

Por lo expuesto y ya que como esta Sala ha señalado en reiteradísimas ocasiones el defecto del consentimiento informado ha de considerarse como incumplimiento de la "lex artis", revelando una manifestación de funcionamiento anormal del servicio público, siempre que se haya ocasionado un resultado lesivo como el que se ocasionó a la parte actora como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado".

Actualmente, la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, en su artículo 4 regula sobradamente e contenido de dicho derecho y, en concreto, en su número 3 se expresa que "el médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle".

2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo utiliza el criterio de la lex artis como delimitador de la normalidad de la asistencia sanitaria; así las sentencias de fecha 30 de septiembre de 2011 (Rec. 3536/2007) y de 30 de abril de 2013 (Rec. 2989/2012) cuando habla, citando otras sentencias anteriores, de que la responsabilidad de las administraciones públicas, de talante objetivo porque se focaliza en el resultado antijurídico (el perjudicado no está obligado a soportar el daño) en lugar de en la índole de la actuación administrativa se modula en el ámbito de las prestaciones médicas, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente.

Reciente sentencia TS de fecha 26 de marzo de 2012, recurso 3531/2010 , expresa: "que partimos de que consentimiento informado supone "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud" (a rt. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). También es evidente la necesidad de informar sobre posibles riesgos (art. 8.3 Ley 41/2002).

A ello se debe añadir que también dicha doctrina indica que aún cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc, no lo es menos que tal mala praxis no puede per se dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente afirmando "que para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad.

En definitiva, el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo. Regulado por la Ley General de Sanidad, y actualmente también en el Convenio Internacional para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina y que ha pasado a ser derecho interno español por su publicación en el BOE forma parte de la actuación sanitaria practicada con seres libres y autónomos".

El TS (Ss. 1/febrero/2008, y 23/octubre/2007, por todas) ha afirmado que la exigencia de este consentimiento informado "viene estrechamente relacionado, según la doctrina, con el derecho de autodeterminación del paciente característico de una etapa avanzada de la configuración de sus relaciones con el médico sobre nuevos paradigmas", añadiendo que "Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad. El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada -puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica -no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión-, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario.

Por otro lado, el consentimiento informado integra un procedimiento gradual y básicamente verbal aunque se debe prestar por escrito en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, previa a la aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Ahora bien hay que precisar que la exigencia de forma escrita tiene la finalidad de garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal que es la más relevante para el paciente. Por ello la ausencia de forma escrita no determina, por sí, la invalidez del consentimiento en la información no realizada por escrito. No obstante la STS de 21 diciembre 2006 indica que en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado, sirven para conformar debida ni correcta información (en el mismo sentido SSTs 27 abril 2001 ; 29 mayo 2003).

Diremos también, refiriéndonos a la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, ya citada, que en ella se consideró que la ausencia o el defecto del consentimiento informado no sólo constituyen una mala praxis por vulneración de los derechos reconocidos en la Ley Básica de Autonomía del Paciente, sino también una lesión de los derechos fundamentales a la integridad física y a la libertad, que no son meros derechos subjetivos que sólo vinculen negativamente a los poderes públicos, sino que éstos también tienen el mandato constitucional de proteger, coadyuvando a que su disfrute sea real y efectivo (entre otros, auto del Tribunal Constitucional 333/1997, con cita de sus sentencias 25/1981, 53/1985 y 129/1989 y de su auto 382/1996).

Bajo las anteriores consideraciones, en el caso que nos ocupa, en cuanto a tal falta de información, mala praxis alguna se aprecia en tal particular cuando el paciente fue debidamente informado de su padecimiento y de la posibilidad de que la cirugía no mejorara su situación, sin que por otro lado, haya quedado acreditado un empeoramiento tras dicho acto quirúrgico, antes bien, como informa el perito insaculado, la situación clínica no se estabilizó hasta después de dicha intervención, sin que se haya aportado por el recurrente prueba alguna de dicho empeoramiento de su padecimiento, con causa en la intervención quirúrgica, lo que supondría en su caso un posible supuesto de mala praxis, que no es el caso que nos ocupa, en el que el paciente mejoró, recuperando movilidad en el lado izquierdo del cuerpo siendo posteriormente remitido a Unidad de tratamiento de dolor y precisando de implante de electrodos de estimulación cortical mediante cirugía de fecha 27 de Mayo de 2011, ello consecuencia de la evolución de la propia dolencia, pues el informe del perito de la parte recurrente nada en tal sentido manifiesta más que la propia referencia a la asistencia del paciente a dicha unidad del dolor y la práctica cirugía practicada el 27 de Mayo de 2011, expresando su peritaje "que la motricidad continúa afectada, aunque ha mejorado después de la intervención" (pág. 15 de su informe)

Es así, que el paciente fue revisado después en fecha de 1 de Julio de 11 considerándose su estado como muy favorable ya que el dolor intenso desapareció y solo precisaba analgésicos menores de forma ocasional, por lo que fue dado de alta por fin de tratamiento (informe perito codemandada, pág. 4).

De esta forma, el Jefe del Servicio de Neurocirugía del Hospital Gregorio Marañón expresa que en "los pacientes con mielopatía cervical espondilótica que son intervenidos rara vez mejora su cuadro clínico, y así explica siempre a los pacientes, indicándose que la intervención se realiza para intentar estabilizar la clínica y que no empeore, pero nunca se garantiza al paciente que viga a mejorar, y se le explica que incluso existe la posibilidad de empeoramiento clínico, como consta en la hoja de consentimiento informado que firmó el paciente". Consta en el expediente remitido consta documento de consentimiento informado firmado por el paciente (folio 99) en el que consta: "comprendo y acepto que la medicina y la cirugía no son una ciencia exacta y no se puede garantizar un resultado". He comprendido que en algunos casos la cirugía puede curar, poniendo fin al tratamiento, pero en otras ocasiones no es curativa sino que el objeto de la intervención en esos caso es aliviar los síntomas o evitar su progresión".

A mayor abundamiento, en cuanto a una supuesta falta de información acerca de otras opciones diagnósticas, resulta que al recurrente se le informó tras la realización de RMM de columna en Junio de 2007 de la información diagnóstica correspondiente, en la prueba diagnóstica realizada posteriormente, en Octubre de 2007, el paciente también tuvo la información adecuada, pues en la petición de dicha prueba diagnóstica consta como motivo de la misma la existencia de un posible síndrome de Brown-Sequard.

En tal particular recordar que la citada Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica lo que exige es una información al paciente de carácter verbal ciñéndose la exigencia de documento de consentimiento informado únicamente "en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente", tal y como dispone el artículo 4.2 de la citada ley . Lo que acaeció en el caso que nos ocupa.

UNDÉCIMO.- En conclusión de todo lo expresado aparece que el paciente padecía tal enfermedad, de forma que no es posible reclamar por las secuelas producidas por la misma, que resultaban inevitables, sin que se haya argumentado ni acreditado que las mismas fueran consecuencia de aquel retraso en la intervención, dado que desde los informes aportados no se aprecia la existencia de secuela alguna más que una posible dilatación del dolor padecido en consecuencia de aquel retraso en la misma, sólo indemnizable como una pérdida de oportunidad por cuanto se desconoce si el resultado hubiera sido el mismo con una más pronta intervención, y no hubiera dejado de precisar atención en la correspondiente Unidad del Dolor y posterior intervención para la implantación de electro cortical. Igualmente, no procede reclamación por el perjuicio estético sufrido por dicha intervención ni la posterior, de las que no se indica en momento alguno en que consista el mismo; ni días improductivos, por idéntica razón de la necesidad de aquella intervención, lo que determina que indemnización alguna es procedente como factor de corrección e incapacidad permanente absoluta, la que se hubiere producido igualmente como consecuencia de la patología sufrida. Es decir, que no es posible considerar que debe indemnizarse el propio padecimiento de la enfermedad de Brown-Sequard ni el dolor derivado de la misma, sin que se haya acreditado el padecimiento de daños neurológicos irreversibles que hayan sido derivados de la propia intervención.

Recordar que en las reclamaciones derivadas de prestaciones sanitarias, la jurisprudencia viene declarando que "no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la "lex artis" como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente" - sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril , 3 y 13 de julio y 30 de octubre de 2007 , 9 de diciembre de 2008 y 29 de junio de 2010 -, por lo que "la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados, de prestación de la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo, de manera que los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino a procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar, no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible" -entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 16 de mayo de 2005 -.

Así las cosas, hemos de concluir que, en lo que se refiere a la praxis, tanto del tratamiento dispensado desde su visita a medicina de asistencia primaria, hasta el momento y acto de la intervención quirúrgica, y posteriormente, no existe prueba alguna que permita sostener que se incurrió en mala praxis, por lo que no cabe apreciar relación de causalidad entre la actuación sanitaria y los pretendidos daños causados; tal sólo una eventual pérdida de oportunidad del mismo, pues atendidas las circunstancias del caso, la asistencia sanitaria se ha prestado conforme al estado del saber y con adopción de los medios al alcance del servicio, el resultado lesivo producido no se considera antijurídico, tal y como se declaraba en la sentencia del Tribunal

Supremo de 14 de octubre de 2002 , en la que, refiriéndose a la de 22 de diciembre de 2001 , se decía que ... "En el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto". En similar sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2009 , con cita de las de 20 de junio y 11 julio de 2007 .

DUODÉCIMO.- Reseñar ahora que la privación de expectativas que la jurisprudencia denomina " pérdida de oportunidad", es un daño antijurídico indemnizable conforme a los criterios indemnizatorios del daño moral, y así se declara, entre otras, en la sentencia Tribunal Supremo 3 noviembre 2012 , con cita de la de 27 de septiembre de 2011 que, a su vez, se remitía a la de 24 de noviembre de 2009 , a que anteriormente hemos hecho referencia y transcrito en parte, en las que queda claro que para la fijación de la indemnización procedente, ha de tenerse en cuenta que no se indemniza por el daño directamente causado, sino por la pérdida de oportunidad sufrida.

En estas circunstancias, el resarcimiento del daño moral indemnizable padecido por la recurrente carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que, como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo, dadas las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria (por todas, la *sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1997*).

Como dice la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011 (recurso de casación nº 5893/2006), y reitera la de 22 de mayo de 2012 (recurso de casación nº 2755/2010), la denominada " pérdida de oportunidad " se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo.

Y al asimilarse en el caso presente el daño indemnizable al daño moral, su resarcimiento carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que, como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo, dadas las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria (por todas, la *sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1997*), aunque ha de ponderarse la edad del paciente, sus dolencias previas, y cualesquiera otras circunstancias que constanding al juzgador, pudieran determinar una mayor proporcionalidad y adecuación de la valoración de dicho quantum.

Por todo lo expuesto, el quantum de la indemnización ha de ser fijado prudencialmente, atendiendo a la citada pérdida de oportunidad.

En todo ello procede estimar tan sólo parcialmente el presente recurso, reconociéndose el derecho a la indemnización del recurrente por la existencia de una mera de oportunidad en el leve retraso hasta llevar a cabo la intervención quirúrgica que precisa, lo que determinó un posible enlentecimiento o ausencia de remisión del déficit neurológico que previamente presentaba, es decir, la pérdida de oportunidad de una más rápida recuperación, lo que se valora prudencialmente por la Sala en la cuantía de 20.000 euros.

DECIMOTERCERO.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA , no concurren motivos para hacer un pronunciamiento en materia de costas al haber visto estimadas parcialmente la parte recurrente sus pretensiones.

VISTOS los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

FALLAMOS,

que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo número 1357/2012 seguido ante la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, promovido por el por el Procurador de los Tribunales, Sra. Giménez Cardona, en nombre y representación de DON Esteban , **contra** la Orden de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria por delegación

del Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid de fecha 20 de Noviembre de 2012 desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada ante el Servicio Madrileño de Salud con fecha 2 de Agosto de 2011 por presunta mala praxis y daños derivados de la asistencia sanitaria prestada en el Hospital Universitario Clínico San Carlos, y Servicio de Neurología del Hospital Universitario Gregorio Marañón de Madrid, declarando no ser conforme a derecho la resolución recurrida, y declarando el derecho del recurrente al percibo de una indemnización en cuantía de 20.000 euros, cuantía que deber ser actualizada la fecha de la presentes resolución; sin condena en costas a la parte recurrente.

Notifíquese a las partes la presente resolución indicándoles que contra la misma no cabe interponer recurso de casación.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a las actuaciones, definitivamente lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Dña. M^a DEL MAR FERNÁNDEZ ROMO, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día 25 de febrero de 2015, de lo que, como Secretario, certifico.

Dictamen: **530/13**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Sección: **I**
Ponente: **Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz**
Aprobación: **06.11.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 6 de noviembre de 2013, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por P.D.R., M.C.D.A., V.M.D.A. y A.D.A., esposo e hijos de M.C.A.C., sobre reclamación de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de ésta última por una deficiente asistencia del SUMMA 112.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 30 de septiembre de 2013 tuvo entrada en el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud firmada por el consejero de Sanidad el día 25 de septiembre de 2013, referida al expediente de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 521/13 comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección I, cuyo presidente, el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 6 de noviembre de 2013, por siete votos a favor y los votos en contra de los Consejeros, Sres. De la Oliva y Sabando, que formulan el voto particular recogido a continuación del dictamen.

SEGUNDO.- El expediente remitido trae causa de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por un abogado, en nombre de los hijos de M.C.A.C., registrada de entrada en la Comunidad de Madrid el día 5 de diciembre de 2012 (folios 1 a 5 del expediente administrativo).

Según el escrito de reclamación, sobre las 10:10 horas del día 16 de julio de 2012, M.C.A.C., sufrió un accidente cuando era trasladada desde su domicilio a una ambulancia para ser llevada al Hospital Clínico San Carlos para recibir una sesión de rehabilitación. Refiere que el incidente se produjo porque la silla, en la que iba sentada M.C.A.C., era manipulada exclusivamente por una sola persona, cuando en la solicitud y petición del transporte sanitario, se habían requerido dos personas, acompañante y camillero, a la vista de las dificultades que presentaban las escaleras del inmueble donde estaba ubicado el domicilio y el peso de la paciente. La única persona que transportaba la silla no pudo controlarla y se precipitó por las escaleras originando el accidente.

El representante de los reclamantes continua señalando que M.C.A.C. sufrió una fractura de cadera, a consecuencia del accidente, por lo que tuvo que ser intervenida quirúrgicamente, y de la que no consiguió recuperarse al incrementar ésta, de forma sustancial, los factores de riesgo de la accidentada, falleciendo el día 25 del mismo mes de julio de 2012.

En virtud de lo expuesto solicitan el resarcimiento de los daños morales causados a los familiares de la fallecida.

El escrito de reclamación se acompaña de un justificante de solicitud de transporte sanitario no urgente a nombre de la fallecida expedido por la doctora V., en el que consta las fechas de realización del traslado, el lugar de recogida y de destino del paciente y en el apartado de condiciones especiales solicitadas figura: acompañante, camillero y silla de transporte.

TERCERO.- Una vez presentada la reclamación anterior, mediante escrito notificado el 27 de diciembre de 2012, se requiere a los reclamantes para que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 31, 32 y 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC) y artículo 6 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado mediante Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, (en adelante RPRP), completen su solicitud aportando la siguiente documentación: copia del libro de familia para acreditar la relación de parentesco de los reclamantes con la fallecida; documentación acreditativa de la representación que el firmante de la reclamación dice ostentar de los familiares de la paciente así como concreción de la cuantía económica solicitada o los criterios en base a los cuales pretende sea fijada.

Consta en el expediente (folios 11 a 21) que el requerimiento fue atendido el día 8 de enero de 2013 mediante la aportación de una copia del libro de familia de M.C.A.C., así como de un documento privado suscrito por los hijos de la fallecida confiriendo su representación al abogado firmante de la reclamación. Además se indica que la reclamación se formula también en nombre del esposo de la paciente fallecida y se aporta un documento privado suscrito por éste confiriendo su representación al citado abogado. Finalmente en cuanto a la cuantía de la indemnización solicitada,

la concretan en 83.954 euros para el viudo y 9.288 euros para cada uno de los hijos tomándose como criterio para su fijación *“el baremo para los accidentes de tráfico correspondiente al año 2012”*.

Figura en los folios 22 a 24 del expediente que el día 25 de enero de 2013 se dio traslado de la reclamación a la empresa A en calidad de interesada en el procedimiento al amparo de lo establecido en el artículo 10 del RPRP.

Se ha incorporado al expediente la historia clínica de la paciente del Hospital Clínico San Carlos (folios 25 a 54 del expediente).

Igualmente se ha aportado al procedimiento el informe del director médico responsable del transporte sanitario del SUMMA 112 (folios 57 a 59 del expediente) en el que se expresa lo siguiente a propósito de la reclamación:

“En relación al expediente aaa en el que se reprocha al SUMMA la falta de control sobre las condiciones en que se realizó el servicio y especialmente en lo relativo a la dotación solicitada, se informa:

En el contrato actualmente en vigor (SUMMA bbb) suscrito por la empresa para la prestación del transporte sanitario no urgente, el adjudicatario adquiere unos compromisos que se resumen:

-Ajustarse en todo momento a la normativa vigente sobre transporte sanitario terrestre y a las normas contenidas en los Pliegos que regula el contrato (...)

-Realizar los traslados conforme a las indicaciones contenidas en la orden de transporte sanitario.

- Cumplir con las obligaciones vigentes existentes en materia social, sanitaria, laboral, de seguridad social, sobre riesgos laborales, de industria, tráfico, fiscales y tributarias, etc.

-Dimensionar de forma adecuada los recursos materiales y humanos para poder atender los traslados prescritos.

Por tanto, la empresa adjudicataria queda obligada a realizar los servicios/traslados prescritos y notificados acorde a estas premisas.

Así pues, existen requisitos exigibles, implícitos por norma y contrato, de cumplimiento tácito por parte de la empresa para el correcto desarrollo del servicio y que acreditó convenientemente antes del inicio de la prestación del contrato, mediante el proyecto de servicio incluido en su oferta.

Estos requisitos están sujetos a control administrativo y exigen una certificación y renovación periódica, y pueden estar sujetos a controles e inspecciones aleatorias, y que, ante requerimiento de la autoridad competente, su incumplimiento acarrea sanción administrativa. Para ello, existen órganos inspectores en la administración del Estado y de la propia Comunidad Autónoma encargada de verificar y acreditar estos aspecto, entre otros: Inspección técnica de vehículo ITV inspección sanitaria del vehículo ITS, Licencia de conducción BTP, Tarjeta de transporte del vehículo, etc.

Por otra parte, el control sobre la ejecución del servicio atiende la disponibilidad de los medios necesarios por parte de la empresa para atender todos los traslados prescritos.

Así, en el desarrollo diario de los servicios, se realiza seguimiento para asegurar que las solicitudes tengan cumplida respuesta por parte de la empresa y los pacientes sean trasladados ajustadamente.

Los parámetros estimados clave para que el paciente reciba su prestación sanitaria, fin último por el que se le ha prescrito el transporte sanitario, (el TSNU es cartera común suplementaria dentro de la cartera de servicio del SNS) son esencialmente los tiempos de desplazamiento de los recursos y recogida/llegada a los centros sanitarios, según la hora señalada para la prestación sanitaria.

Esto se basa fundamentalmente en tecnología GPRS, informática y de geo-posición GPS, con transmisión de las horas de realización de los servicios. En este momento no hay posibilidad de que se comunique de forma indubitable la composición de la dotación de la ambulancia para cada servicio realizado.

No obstante, dado el desarrollo informático y tecnológico es una cuestión a incorporar en un futuro próximo como criterio de cumplimiento y calidad de la prestación del servicio por parte de las empresas prestatarias.

Conclusión:

- El dimensionamiento en RRHH de las ambulancias viene establecido como requisito en la norma y en el contrato de transporte sanitario en vigor y es condición de tácito cumplimiento por parte de la empresa prestataria.*
- El seguimiento y control de los servicios se realiza fundamentalmente según el parámetro tiempo”.*

También consta en el folio 60 del expediente un escrito del Departamento de Calidad y Atención al cliente de la empresa A en el que indica lo siguiente en relación con la asistencia dispensada a M.C.A.C.:

“El día del traslado, aunque la petición de la ambulancia estaba solicitada para realizarlo en ambulancia colectiva y con camillero, desde nuestro Centro Coordinador se decidió no enviar un camillero junto con el conductor porque en los anteriores traslados realizados a M.C.A.C. se habían realizado únicamente con el conductor sin que ninguno de nuestros técnicos nos indicara que la paciente pudiera correr riesgo alguno, ya que la bajada de los cuatro escalones de acceso de su vivienda no revestía complicación alguna para el conductor y por lo tanto riesgo de peligro para la paciente.

El conductor, que en anteriores ocasiones había trasladado a M.C.A.C., sufrió un fatal accidente con las desgraciadas consecuencias conocidas por todos para la paciente”.

En otro escrito de la misma empresa, que figura en el folio 57 del expediente, se concreta la causa del accidente señalando que el coordinador y el conductor de la ambulancia han indicado que cuando este último recogió a M.C.A.C. en la silla de transporte, *“al iniciar la bajada de los cuatro escalones de su domicilio, su pie de apoyo le falló provocando la caída de la paciente”.*

Se ha incorporado al procedimiento un dictamen médico pericial de 14 de mayo de 2013 elaborado a instancias de la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud (folios 65 a 85 del expediente) en el que tras analizar la asistencia sanitaria dispensada y realizar las oportunas consideraciones médicas sobre las patologías de la paciente y en particular con la isquemia mesentérica que ocasionó el fallecimiento, concluye lo siguiente:

“1. M.C.A.C. fue diagnosticada de una fractura de cadera (fractura pertrocanterea de trazo invertido) tras la caída acontecida el 16-7-2012. La fractura pertrocanterea de cadera la consideramos

como una lesión traumática típica para la edad y antecedentes de la paciente. Esta fractura podía haber acontecido en cualquier otro momento de la vida cotidiana de M.C.A.C.

2. La fractura diagnosticada requiere cirugía. El tratamiento quirúrgico realizado el 21-7-2012 de la fractura fue la reducción y el enclavado. El tratamiento es correcto.

3. El tratamiento quirúrgico de la fractura se realizó al 4º día de hospitalización. Según la documentación aportada, los motivos del retraso en la cirugía se justifican por la estabilización médica de la paciente y la corrección de una anemia preoperatoria. La conducta es correcta.

4. Las fracturas de cadera y el sangrado motivado por la fractura y la intervención quirúrgica a la que se las somete, puede generar complicaciones de índole cardiovascular. M.C.A.C. presentaba factores de riesgo cardiovascular. El fallecimiento lo motivó una complicación vascular a nivel digestivo.

5. M.C.A.C. presentó una anemia que no mejoraba con las transfusiones. Una fractura de cadera justifica anemia. Una intervención quirúrgica de cadera justifica anemia. Una anemia que no mejora con trasfusión sanguínea tras una cirugía de cadera sin foco sangrante activo de la cirugía no se justifica con el proceso traumatológico. No podemos dictaminar que el fallecimiento de la paciente se relacione de forma directa con la fractura acontecida.

6. M.C.A.C. recibió asistencia tanto de traumatólogos como de geriatras y médicos intensivistas tras su ingreso hospitalario con el diagnóstico de la lesión traumática de la cadera el día 16-7-2012 hasta el fallecimiento el 25-7-2012”.

Consta en los folios 84 y 85 un informe de valoración del daño corporal de 18 de junio de 2013 elaborado a instancias del Servicio de Responsabilidad Patrimonial del SERMAS, en el que se establece una indemnización 114.691,11 euros de acuerdo con el baremo correspondiente al año 2013.

Concluida la instrucción del expediente, se dio trámite de audiencia a los reclamantes y a la empresa de ambulancias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP. Consta en el expediente que en cumplimiento del referido trámite los reclamantes formulan alegaciones el día 14 de agosto de 2013 en el que discrepan del dictamen emitido a instancias de la compañía de seguros, en lo relativo a que el fallecimiento de su familiar no se relacionara de forma directa con la fractura. En este punto aportan un informe de un médico especialista en Traumatología en el que se concluye que *“el encamamiento previo, pre y postoperatorio, por la fractura pertrocanterea del fémur derecho con el estasis vascular, venoso, favoreció la trombosis mesentérica producida, no por una caída casual sino por un fallo en el transporte a rehabilitación en silla de ruedas por una sola persona sin tener en cuenta el sobrepeso de la paciente”*. Además los reclamantes señalan que la cantidad reclamada como indemnización coincide con la recogida en el informe de valoración del daño corporal elaborado a instancias de la Administración.

No consta que la empresa de ambulancias haya formulado alegaciones en el trámite conferido al efecto.

En fecha 19 de septiembre de 2013 se dicta propuesta de resolución en la que se estima la reclamación indemnizatoria presentada por entender acreditada la relación de causalidad entre el fallecimiento de M.C.A.C. y el funcionamiento del servicio público y se reconoce a los reclamantes una indemnización de 114.691,11 euros.

CUARTO.-Del examen de la historia clínica de la paciente y restante documentación médica obrante en el expediente se extraen los siguientes hechos, que se consideran de interés para la emisión del dictamen, admitiéndose en lo sustancial los consignados en la propuesta de resolución:

M.C.A.C., de 80 años de edad en el momento de los hechos, sufrió una caída el día 16 de julio de 2012 al ser transportada en una silla por una persona del servicio de ambulancias de la empresa A contratada por el SUMMA 112 para la prestación del transporte sanitario no urgente. Según la información recibida de la citada empresa de ambulancias, la persona que realizaba el traslado, el conductor de la ambulancia, *“al iniciar la bajada de los cuatro escalones del domicilio, su pie de apoyo le falló provocando la caída de la paciente”*. La solicitud de transporte sanitario no urgente cursada para la paciente contenía como condición especial del transporte, que se realizara por un acompañante, camillero y con silla de transporte.

La paciente ingresa ese mismo día 16 de julio de 2012 en el Servicio de Urgencias del Hospital Clínico San Carlos y tras la exploración y pruebas complementarias se emite el diagnóstico de fractura de cadera. Se pauta intervención quirúrgica y se solicita preoperatorio completo. M.C.A.C. firma consentimiento informado para osteosíntesis de fractura y artroplastia.

El día 17 de julio de 2012 la paciente es valorada por el Servicio de Geriatria. Se realiza estudio preanestésico.

La paciente iba a ser intervenida el día 19 de julio sin embargo la analítica advierte de niveles anormales de hemoglobina por lo que se decide aplazar la intervención, transfundir sangre y estabilizar a la paciente.

El día 21 de julio de 2012 se realiza la intervención mediante la implantación de una prótesis de cadera. No constan incidencias en la intervención.

El día 22 de julio de 2012 la paciente presenta niveles bajos de hemoglobina por lo que se indica transfusión sanguínea. Se aprecia empeoramiento del estado clínico del paciente por lo que se avisa al Servicio de Medicina intensiva, que diagnostica anemización por sangrado postoperatorio. Se anota que presenta abdomen blando, depresible, sin deposiciones melénicas.

La anemización persiste, a pesar de la transfusión realizada el día 23 de julio de 2012. El empeoramiento clínico de la paciente obliga al traumatólogo a avisar al médico internista de guardia en la madrugada del día 24. La paciente presenta importante trabajo respiratorio. Se pauta ventolín hasta la revisión del día siguiente.

El día 25 de julio la paciente presenta dificultad respiratoria junto con taquipnea, aumento del perímetro abdominal y un vomito oscuro. Se solicita TAC abdominal.

En la sala de TAC comienza con abundantes vómitos oscuros junto con deterioro hemodinámico, por lo que la paciente es llevada al cuarto de shock. Presenta episodios de bradicardia extrema que precisan de adrelina y atropina. El TAC de abdomen muestra signos de isquemia mesentérica aguda por lo que se avisa al Servicio de Cirugía que ante la situación global rechaza actitud quirúrgica. Se comenta la situación a la familia y se decide LET (limitación del esfuerzo terapéutico). M.C.A.C. fallece el día 25 de julio de 2012.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de *“Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1.º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada”*.

En el caso que nos ocupa, la reclamación patrimonial presentada se ha cifrado por los reclamantes en una cantidad superior a 15.000 euros por lo que resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

El dictamen ha sido recabado de órgano legitimado para ello –el consejero de Sanidad-, a tenor del artículo 14.1 de la misma Ley.

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, la reclamación se presentó inicialmente por los hijos de la paciente fallecida, y posteriormente en fase de subsanación también por el esposo, habiendo quedado debidamente acreditada en el expediente la relación de parentesco de todos ellos mediante la presentación de copia del libro de familia. En el caso que nos ocupa, la legitimación que correspondería a los reclamantes para dirigirse frente a la Administración sanitaria vendría del hecho de haberse irrogado a aquellos un daño moral, como consecuencia del fallecimiento de su familiar, daño que es resarcible, compensable económicamente. Resulta pues evidente que los reclamantes ostentarían legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad

patrimonial, al amparo del artículo 139 LRJ-PAC, por cuanto que sufren el daño moral causado, supuestamente, por la deficiente asistencia sanitaria.

No obstante lo dicho, debe indicarse que los reclamantes actúan en el procedimiento por medio de representante, cuya representación no se acredita en debida forma. Así, el escrito de reclamación y los posteriores aparecen firmados por un abogado en nombre de los interesados y se aporta un documento privado para acreditar la representación que ostenta de los reclamantes.

La reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración es una solicitud de inicio de un procedimiento de acuerdo con la definición de solicitud del artículo 70 de la LRJ-PAC, razón por la cual si una persona actúa en nombre y representación de otra debe aportar poder suficiente para ello o cuando menos otorgar dicha representación en comparecencia personal ante funcionario público.

En consecuencia, al no haberse aportado al expediente ningún documento que acredite suficientemente la representación al amparo de lo establecido en el artículo 32 de la LRJ-PAC, este Consejo entiende que la Administración debe exigir la acreditación de la representación de acuerdo con lo previsto en el artículo 71 del mismo cuerpo legal, por lo que se debe requerir de forma expresa al compareciente para que acredite debidamente, en el plazo de diez días, su representación, con la indicación de que, de no hacerlo, se le tendrá por desistido en su reclamación. Aunque ello debiera realizarlo la Administración tan pronto como advierta que alguien actúa sin acreditar la representación en debida forma, nada impide que dicho requerimiento pueda y deba efectuarse con posterioridad, de modo que si la subsanación se lleva a cabo se dé por válido todo lo realizado con anterioridad.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la

Administración sanitaria madrileña, titular del servicio a cuyo funcionamiento se imputa el daño, al encontrarse el SUMMA 112 integrado en la red pública sanitaria de la Comunidad de Madrid.

El plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJ-PAC). En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo se contará “*desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*”, lo que equivale a decir que el plazo prescriptivo empieza a correr desde que se tenga conocimiento cabal del daño realmente sufrido, y de su alcance y consecuencias, lo que constituye una aplicación de la teoría de la «*actio nata*», recogida en el artículo 1969 del Código Civil («*actioni nondum natae, non prescribitur*»).

En el caso que nos ocupa, los interesados reclaman por el fallecimiento de su familiar que tuvo lugar el día 25 de julio de 2012, por lo que debe reputarse en plazo la reclamación presentada por los hijos de la fallecida el día 5 de diciembre de 2012 y la del esposo formulada el día 8 de enero de 2013.

En la tramitación del procedimiento se han seguido los trámites legales y reglamentarios. Dicho procedimiento para la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, se encuentra regulado en el título X de la LRJ-PAC (artículos 139 y siguientes), desarrollado en el citado RPRP.

Como se dijo *supra*, se ha recabado y evacuado informe del director médico responsable del transporte sanitario del SUMMA 112, en cuanto servicio al que se imputa la causación del daño conforme establece el artículo 10 RPRP.

Debe destacarse que no se ha solicitado ni por tanto evacuado informe

por la Inspección Sanitaria. En este punto hemos recordado en anteriores dictámenes de este Consejo, así en el Dictamen 298/13, de 24 de julio, lo siguiente que es plenamente aplicable al procedimiento que nos ocupa:

“La Orden 317/2013, de 6 de mayo, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen los criterios de actuación en materia de inspección sanitaria y se aprueba el Plan Integral de Inspección de Sanidad de la Comunidad de Madrid para el período 2013 a 2015, estableciendo como uno de los criterios de actuación sanitaria: “Analizar la adecuación de la asistencia sanitaria prestada en los procedimientos de reclamaciones por responsabilidad patrimonial”, ha entrado en vigor el 30 de mayo del presente año. Puesto que no establece dicha Orden norma transitoria alguna sobre los procedimientos en tramitación habrá de aplicarse la regla general de derecho transitorio según la cual los procedimientos se sustancian conforme la normativa existente a su entrada en vigor.

Por ello, es de aplicación la doctrina de este Consejo que venía considerando que el citado informe era meramente potestativo para el instructor (así dictámenes 192/10, de 30 de junio; 13/11, de 26 de enero y 213/11, de 4 de mayo, entre otros) si bien destacaba su importante valor a los efectos de una adecuada resolución del procedimiento, importancia que ha recogido la citada Orden del consejero de Sanidad”.

De conformidad con los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP, en el procedimiento también se ha dado trámite de audiencia a los interesados, los reclamantes y la empresa de ambulancias contratada por la Administración para prestación del transporte sanitario.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que

tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración se reconoce en el artículo 106.2 de la Constitución de 1978, desarrollado por los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, y supone el reconocimiento del derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, es que se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo

fundamental para determinar la responsabilidad, no sólo la existencia de lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese criterio básico, siendo obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no garantizar, en todo caso, el resultado.

Además, en materia de daños causados como consecuencia de la prestación de asistencia sanitaria, es también doctrina jurisprudencial reiterada, por todas las sentencias de 20 de marzo de 2007 (recurso 6/7915/03), 7 de marzo de 2007 (recurso 6/5286/03), 16 de marzo de 2005 (recurso 6/3149/01) que *“a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente”*, por lo que no cabe apreciar responsabilidad sólo por la producción de un resultado dañoso, debiendo éste reunir además la condición de antijurídico.

CUARTA.- En el presente caso, está acreditado el fallecimiento de una persona, que provoca un *“daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierto”*, y que la jurisprudencia consolidada ha admitido como supuesto de lesión indemnizable. Acreditada la realidad del daño, debemos analizar los demás presupuestos de la responsabilidad patrimonial, esto es, la relación de causalidad y, en su caso, la antijuricidad del daño.

No resulta controvertido en el expediente, pues así lo reconoce la propia Administración y la empresa encargada del transporte sanitario, que la fractura de cadera que sufrió M.C.A.C. se produjo al ser transportada desde su domicilio a la ambulancia por una sola persona, que al ir a bajar los

cuatro escalones del domicilio de la fallecida, sufrió un traspies, provocando la caída de la paciente. No cabe duda por tanto de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la fractura de cadera, y que ese daño reviste el carácter de antijurídico en el sentido de no tener la obligación de soportarlo.

Resulta que en este caso, como consecuencia de la fractura de cadera, la paciente tuvo que ser intervenida quirúrgicamente y que dicha operación se complicó provocando el fallecimiento de M.C.A.C. unos días después del accidente. En este punto el informe elaborado a instancias de la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud, señala que *“no puede dictaminar que el fallecimiento de la paciente se relacione de forma directa con la fractura acontecida”*. Por el contrario, los reclamantes aportan un informe pericial que concluye en la relación directa entre el fallecimiento de la paciente y la fractura de cadera y la necesaria intervención quirúrgica de la misma, señalando que *“el encamamiento previo, pre y postoperatorio, por la fractura pertrocanterea del fémur derecho con el estasis vascular, venoso, favoreció la trombosis mesentérica producida”*. Esta es la postura que acoge la Administración en la propuesta de resolución cuando reconoce la relación de causalidad entre el fallecimiento de M.C.A.C. y el funcionamiento del servicio de transporte sanitario.

Sobre la causalidad del daño la jurisprudencia ha venido refiriéndose a un carácter directo, inmediato y exclusivo para particularizar el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión que debe concurrir para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Ahora bien, como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 3 de julio de 2013 con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2003, *“esta doctrina exige importantes matizaciones como que la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la*

Administración y el resultado dañoso producido pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, de forma que la nota de "exclusividad" debe ser entendida en sentido relativo y no absoluto".

En este sentido compartimos la propuesta de resolución cuando afirma la relación de causalidad entre el fallecimiento y el funcionamiento del servicio de transporte sanitario, pues resulta evidente que si el accidente no se hubiera producido, M.C.A.C. no habría precisado una intervención quirúrgica como consecuencia de la fractura de cadera, y por tanto no habría padecido la complicación consistente en una isquemia mesentérica que provocó su fallecimiento. En este punto resulta totalmente rechazable el informe elaborado a instancias de la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud que incluso llega a afirmar, sin ningún escrúpulo, que la fractura que sufrió la paciente *"podía haber acontecido en cualquier otro momento de la vida cotidiana de M.C.A.C."*. Además, después de señalar en sus consideraciones médicas como uno de los factores que pueden prevenir la isquemia mesentérica, complicación por la que falleció la paciente, es la realización de ejercicio para prevenir el estrechamiento de las arterias, niega sin embargo la relación de causalidad entre el fallecimiento y la intervención quirúrgica que obligó a la paciente a estar inmovilizada. Por el contrario el dictamen pericial aportado por los interesados explica razonablemente que el encamamiento de la enferma como consecuencia de la fractura y la intervención quirúrgica posterior, favoreció la trombosis mesentérica por la que falleció M.C.A.C.

Conforme a lo dicho no cabe duda de que concurren en este caso los presupuestos de la responsabilidad patrimonial y que procede indemnizar a los reclamantes por el fallecimiento de su familiar como recoge la propuesta de resolución.

QUINTA.- Partiendo de la responsabilidad de la Administración, conforme a lo expresado en la consideración anterior, debemos fijar el quantum indemnizatorio.

En este caso, debe señalarse que la propuesta de resolución calcula la indemnización de forma incorrecta pues aplica las indemnizaciones básicas por muerte conforme a la Resolución 21 de enero de 2013, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2013 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, cuando conforme al artículo 141.3 de la LRJ-PAC *“la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo”*, lo que nos obliga a acudir a la Resolución de 24 de enero de 2012, al haber ocurrido el fallecimiento de la paciente el día 25 de julio de 2012.

De acuerdo con la última resolución citada, la indemnización correspondiente al cónyuge viudo sería de 83.594,11 euros y a cada uno de los hijos de 9.288,23 euros, lo que hace un total de 111.459 euros.

Este Consejo Consultivo con apoyo en la jurisprudencia viene aplicando, con carácter orientativo, para la cuantificación de los daños físicos y los de índole moral asociados a estos, los criterios de baremación establecidos en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, plasmados actualmente en el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre así como las actualizaciones anuales de sus tablas conformadoras (así nuestros dictámenes 362/11, 458/11 o 93/12, entre otros muchos). La utilización de estos criterios de baremación nos ha permitido afrontar con objetividad la difícil tarea de valoración del daño, fundamentalmente cuando se trata de cuantificar el sufrimiento o dolor de una persona por el fallecimiento de un ser querido.

En este punto resulta significativa la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 10 de febrero de 2006 cuando dispone:

“se viene manteniendo que la reparación del daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes (entre otras, SSTS 31 de mayo de 1983, 25 junio de 1984, 28 de marzo de 2005 y 28 de abril de 2005).

Entre otras razones, la conveniencia de evitar posibles disparidades entre las resoluciones judiciales que fijan el pretium doloris [precio del dolor] o indemnización por el daño moral ha aconsejado al legislador, partiendo del establecimiento de un régimen de aseguramiento del daño en determinados sectores, el establecimiento de sistemas de valoración fundados en la tasación con arreglo a tablas o baremos indemnizatorios, cuya interpretación tiene lugar según reglas fijadas por el propio legislador y no queda, desde luego, sustraída a las normas generales sobre interpretación de las Leyes, entre ellas las que regulan la analogía.

En virtud de este principio (que informa los precedentes de esta Sala sobre inadmisión de recursos de casación fundados en la no aplicación analógica del sistema de tasación legal de daños corporales derivados de accidentes de circulación: vgr., ATS de 5 mayo 1998, recurso de casación núm. 2418/1997), la jurisprudencia más reciente (rectificando criterios iniciales) ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en valoración, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, pueden

resultar orientativos para la fijación del pretium doloris teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso (STS 837/2005, de 11 de noviembre, recurso de casación núm. 1575/99).

Este criterio hermenéutico se funda en la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad... ”.

De acuerdo con la doctrina expresada hemos venido aplicando, para resarcir el daño causado por el fallecimiento de un familiar, los criterios orientativos establecidos para los accidentes de circulación que contemplan las indemnizaciones básicas por muerte (incluidos daños morales) en función de la edad de la víctima y establecen distintos grupos de “perjudicados/beneficiarios”. Así por ejemplo nuestro Dictamen 279/13, de 10 de julio, en el que dijimos:

“De igual forma ha considerado que el baremo aplicable es el correspondiente al año en el que se produjo el daño sin perjuicio de la actualización de las cantidades conforme establece el artículo 141. 3 LRJPAC, tal y como recoge el Dictamen 280/12, de 9 de mayo, acogiendo la doctrina fijada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencia de 17 de abril de 2007 (recurso 2598/2002) confirmada por sentencia de 19 de septiembre de 2011 (recurso 1232/2008).

Por ello ha de aplicarse el baremo correspondiente al año 2005 aprobado por Resolución de 7 de Febrero de 2005 de la Dirección General de Seguros y Fondos de pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicación

durante 2005, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. (B.O.E. núm. 42, de 18 de febrero de 2005).

Según dicho baremo al tratarse de una persona mayor de 80 años, viuda y con dos hijos mayores de 25 años, la indemnización sería 31.055, 65 euros a los que hay que sumar 3.881, 96 euros”.

En el caso que nos ocupa, y tomando el baremo como criterio orientativo, consideramos que se debe reconocer al esposo de M.C.A.C. la cantidad global y actualizada de 84.600 euros y a cada uno de los hijos la cantidad global y actualizada de 9.300 euros, ya que entendemos que no se aprecia ninguna dificultad ni circunstancia especial que nos obligue a no considerar el carácter orientativo del citado baremo y que por el contrario, como hemos indicado, nos ofrece un criterio objetivo de cuantificación del daño padecido por los familiares por el fallecimiento de su ser querido, y que, por tanto, debe ser tenido en cuenta en aras a evitar la falta de equidad y arbitrariedad si se da paso a subjetividades en la apreciación del daño causado.

A la vista de todo lo anterior, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Una vez acreditada la representación que el firmante de la reclamación dice ostentar de los interesados, deberá estimarse la reclamación de responsabilidad patrimonial reconociendo al esposo de M.C.A.C. una indemnización de 84.600 euros y a cada uno de los hijos una indemnización de 9.300 euros, cantidades ya actualizadas.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

**VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA AL
PRESENTE DICTAMEN EL CONSEJERO, D. ANDRÉS DE LA
OLIVA SANTOS Y AL QUE SE ADHIERE EL CONSEJERO, D.
PEDRO SABANDO SUÁREZ**

«Andrés de la Oliva Santos, Consejero electivo del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid, al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico de dicho Consejo y con el mayor respeto a la decisión mayoritaria, formulo voto particular discrepante respecto del dictamen nº 530/13, por el que finaliza el expediente 521/13 de este Consejo.

I. Antecedentes y núcleo de la discrepancia.

Presentada reclamación de responsabilidad administrativa patrimonial por los tres hijos de una mujer fallecida a causa de una atención pretendidamente deficiente de la Sanidad pública madrileña, hijos a los que posteriormente se añade el marido de la difunta, la propuesta de resolución sometida a dictamen del Consejo Consultivo considera que un accidente en el mal manejo de la enferma al transportarla en ambulancia para rehabilitación le provocó caída con fractura de cadera y la correspondiente operación quirúrgica vino a determinar la muerte de la paciente en el Hospital Clínico San Carlos a los cuatro días de esa operación. Así, la

misma Administración consultante admite la mala praxis en el transporte referido y la relación de causalidad con el fatal resultado, por lo que propone indemnizar a los cuatro reclamantes (esposo y tres hijos de la difunta) con un total de 114.691,11 euros. Es de señalar que un informe de valoración *del daño corporal*, de 18 de junio de 2013, elaborado a instancias del Servicio de Responsabilidad Patrimonial del SERMAS, establecía una indemnización con exactamente la misma cantidad, 114.691,11 euros, fijada de acuerdo con el baremo correspondiente al año 2013. (la cursiva es mía)

El dictamen del que discrepo asume los distintos extremos de la propuesta de resolución conducentes a la estimación de la reclamación y a la cuantificación de los daños, con la sola y única excepción de que, a tenor del artículo 141.3 de la LRJ-PAC *“la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo”*, “lo que —dice el dictamen— *nos obliga* a acudir a la Resolución de 24 de enero de 2012, al haber ocurrido el fallecimiento de la paciente el día 25 de julio de 2012”. La citada Resolución es la que dicta la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2012 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. (la cursiva es mía, salvo el tenor literal del precepto citado)

Ocorre, pues, que el dictamen, aun insistiendo en sus párrafos finales en el carácter no vinculante, sino meramente orientativo de los baremos para la referida valoración, finaliza cuantificando la indemnización del caso según los criterios de baremación establecidos en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor,

con los conocidos matices introducidos jurisprudencialmente, de modo que el dictamen afirma en conclusión lo siguiente:

“En el caso que nos ocupa, y tomando el baremo como criterio orientativo, consideramos que se debe reconocer al esposo de M.C.A.C. la cantidad global y actualizada de 84.600 euros y a cada uno de los hijos la cantidad global y actualizada de 9.300 euros, ya que entendemos que no se aprecia ninguna dificultad ni circunstancia especial que nos obligue a no considerar el carácter orientativo del citado baremo y que por el contrario, como hemos indicado, nos ofrece un criterio objetivo de cuantificación del daño padecido por los familiares por el fallecimiento de su ser querido, y que, por tanto, debe ser tenido en cuenta en aras a evitar la falta de equidad y arbitrariedad si se da paso a subjetividades en la apreciación del daño causado.”

Esta construcción argumentativa del dictamen del que discrepo resultaría aceptable si no olvidara que la reclamación, formulada por quienes no han sufrido daños físicos ni materiales ni perjuicios económicos, fue desde el principio una reclamación por los solos *daños morales* padecidos por los reclamantes. Este es el punto clave del caso, del dictamen y de mi discrepancia. *Los solos daños morales no se deben indemnizar como han sido indemnizados.* Los baremos de constante referencia son útiles y acertadamente aplicables para muchos casos (los de daños físicos y morales asociados a éstos), pero resultan inaceptables para valorar los solos daños morales, como se hace en el dictamen del que discrepo.

Paso a explicar esta afirmación y a señalar cómo el mismo Consejo, en múltiples ocasiones, no ha indemnizado así los daños morales no añadidos a daños físicos y materiales y ha tenido en cuenta la doctrina jurisprudencial consolidada sobre el extremo que nos interesa.

En ciertos casos, sobre los que ha dictaminado este Consejo, los reclamantes iniciales, parientes o allegados de una persona fallecida, paciente del sistema público sanitario, pretenden que la indemnización que le habría correspondido al paciente fallecido por sus propios padecimientos físicos, les ha sido transmitida a ellos *mortis causa*. En otros casos, a personas que ninguna relación directa con el sistema público sanitario tuvieron, se les ha permitido —con más o menos fundamento jurídico— suceder procedimentalmente al inicial reclamante, usuario de dicho sistema, paciente que ha sufrido daños físicos, posteriormente fallecido. En todos estos casos, se han suscitado cuestiones sobre la naturaleza de la indemnización que nos ocupa, su transmisibilidad y la legitimación activa de estos parientes o allegados para percibir indemnizaciones que compensarían o repararían los padecimientos físicos y materiales del genuino paciente, ya muerto.

Estas *vexatae quaestiones* —sobre las que este Consejo Consultivo tiene formados unos criterios mayoritarios— no se plantean siquiera en el caso objeto del dictamen 530/13, pues la reclamación del esposo e hijos de la paciente fallecida versa, desde el principio, y sólo y exclusivamente, sobre los daños morales, es decir, sobre los padecimientos inmateriales, que una muerte atribuible a mal funcionamiento del sistema público de salud, habría irrogado a los reclamantes.

Hay, pues, en el planteamiento inicial de la reclamación objeto del dictamen, una conformidad básica con un criterio unánime de este Consejo Consultivo, que cabe expresar como, entre otros, se lee en el Dictamen 80/2011, de 23 de marzo:

«Por lo que a la legitimación que ambos interesados ostentan, debe apuntarse a que el daño que se les habría irrogado a ambos sería de índole exclusivamente moral y no económica. A este respecto, como tiene declarado abundantísima jurisprudencia, la indemnización a

favor de los perjudicados en caso de fallecimiento de una persona se fija «*iure proprio*», es decir, por el perjuicio personal causado a quien se encontraba con el difunto vinculado con un lazo de parentesco, afectividad o convivencia, y que, precisamente por ese fallecimiento, sufre un daño susceptible de indemnización, daño que se califica de daño moral (*vid.* por todas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra núm. 1089/2003, de 17 de octubre). El daño moral es un daño personalísimo, que sólo puede ser reclamado por quien lo sufre, o por un tercero, siempre que aquél le hubiera conferido su representación o, en el caso de ser menor o incapacitado, ostente su representación legal (*vid.* por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo –Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª- de 30 de diciembre de 2002).»

Es también muy interesante e importante, en cuanto a diferenciar perfectamente la legitimación de la viuda para reclamar daños morales y su falta de legitimación para ser indemnizada por daños físicos padecidos por su marido fallecido, el Dictamen 402/10, de 24 de noviembre de 2010.

Planteada como queda dicho la reclamación del caso, mi discrepancia consiste, repito, en rechazar la aplicabilidad a este caso, siquiera sea orientativa, de los tan repetidos baremos, puesto que sus indemnizaciones comprenden *indiferenciadamente* el resarcimiento de los daños físicos y de los morales que acompañen a los físicos y, a mi entender, *el exclusivo daño moral ha de ser objeto de una valoración global, conforme a criterios prudenciales según las circunstancias de cada caso, por más que esta valoración presente dificultades y no pueda estar exenta de cierto grado de subjetividad*. He sostenido y sostengo que éste ha sido el criterio constante de la más autorizada doctrina jurisprudencial y doctrinal. Aplicar a la cuantificación de la indemnización por sólo daños morales los baremos de constante referencia no resulta justificable por la dificultad de valorar del

modo que se acaba de decir: esa dificultad es asumible, los tribunales la asumen y, de hecho, este mismo Consejo Consultivo la ha asumido en muchos otros casos, como quedará demostrado en este voto particular. No estábamos ni estamos *obligados*, como dice el dictamen del que discrepo, a acudir a los baremos.

La comodidad o facilidad de acudir a los citados baremos carece de entidad mínimamente justificativa de su empleo, pues, insisto, esos baremos atienden a la cuantificación de daños físicos y morales *indistintamente*, por lo que son absolutamente inhábiles para cuantificar unos daños morales como los del caso, no asociados a daño físico alguno. Así lo vendría a reconocer inconscientemente el mismo dictamen cuando afirma:

“Este Consejo Consultivo con apoyo en la jurisprudencia viene aplicando, con carácter orientativo, para la cuantificación de *los daños físicos y los de índole moral asociados a estos*, los criterios de baremación establecidos en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, plasmados actualmente en el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre así como las actualizaciones anuales de sus tablas conformadoras (así nuestros dictámenes 362/11, 458/11 o 93/12, entre otros muchos).” (la cursiva es mía).

Los reclamantes solicitaron indemnización sólo por daños morales, aunque obviamente no iban a prescindir del informe de valoración del daño *corporal* elaborado por el Servicio de Responsabilidad Patrimonial del SERMAS, que les era favorable, como lo era y lo es la errónea propuesta de resolución, cuantificadora de la indemnización con criterios relativos a “los daños físicos y los de índole moral asociados a estos”.

No puedo por menos de lamentar que, a cargo de fondos públicos escasos, se vaya a indemnizar a los reclamantes de daños morales conforme

a unos padecimientos y daños físicos no sufridos en absoluto por ellos, sino por su esposa y madre fallecida. El Consejo Consultivo, dicho quede con mis más sinceros respetos a todos sus miembros y en términos de defensa de mi posición discrepante, ha desperdiciado una excelente ocasión para impedir que personas que no han padecido física ni materialmente las consecuencias de una mala praxis médica, se lucren indebida e injustamente sobre la base de los padecimientos ajenos, por la vía de los daños morales, no ya malentendidos, sino completamente deformados. El daño moral es el inferido a bienes que CHECA GONZÁLEZ, con apoyo en Sentencias del Tribunal Supremo de 23 marzo 2010 y 11 mayo 2011, ha enunciado así: “aquéllos que son infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o salud física o psíquica de la persona: en suma, aquellos que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales”. Es claro que esos bienes no son objeto de consideración clara y *diferenciada* en los baremos indemnizatorios instrumentales de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

II. Jurisprudencia y doctrina del Tribunal Supremo que el dictamen contradice.

Cuando el dictamen afirma que la valoración que en él se efectúa de los solos daños morales reclamados tiene “apoyo en la jurisprudencia” comete un grave error. Y vamos, más que a demostrarlo, a mostrarlo seguidamente.

Se dice, entre otras muchas, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 28 de febrero de 1995: «...el único concepto indemnizable a sus hermanos por la muerte de D. José es el daño moral o "*pretium doloris*", ya que dichos parientes en nada dependían económicamente del fallecido. *Este TS tiene declarado que los daños morales escapan por su naturaleza a toda objetivación mensurable, por lo que su cuantificación ha de moverse dentro de una ponderación razonable de las circunstancias del caso, situándose en el plano de la equidad* (cfr. SS

2 febrero 1980, 29 enero 1986, 4 abril 1989 y 26 octubre 1993).» (la cursiva es mía).

Esta misma línea ha seguido el Tribunal Supremo, en sus Salas de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo, siempre que se ha tratado de indemnizar un daño moral, fuese cual fuese la causa de tal daño: la falta de consentimiento informado, la pérdida de oportunidad (que se asimila a un daño moral, como se verá) o cualquier otra.

Sin embargo, el dictamen del que discrepamos, que no ha seguido esa línea jurisprudencial, no infalible ni vinculante *per se* (porque la jurisprudencia con su doctrina no es fuente del Derecho), pero, en este caso coherente con la naturaleza del daño moral, pretende que está respaldado por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 10 de febrero de 2006. Y se citan en el dictamen ciertos párrafos de esta Sentencia, enaltecedores del sistema de criterios de baremación o cuantificación de los daños —cuando la bondad y utilidad de esos baremos para su fin propio no ha sido discutida por mí— párrafos que no deberían hacer olvidar el arranque de la cita (*«se viene manteniendo que la reparación del daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes (entre otras, SSTs 31 de mayo de 1983, 25 junio de 1984, 28 de marzo de 2005 y 28 de abril de 2005).»*) Pero más importante es que el dictamen omita que la Sentencia de 10 de febrero de 2006 desestima el recurso de casación interpuesto «contra la sentencia núm. 106/99, de 23 de abril de 1999 dictada en el rollo de apelación 584/97 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, cuyo fallo dice: «Fallamos. Que con revocación de la sentencia apelada y estimando en parte la demanda

interpuesta por D^a Carina contra la empresa Taguive S. L. y la aseguradora Caja de Previsión, debemos condenar y condenamos solidariamente a las demandadas a satisfacer a la actora la cantidad de dos millones de pesetas, por, razón del fallecimiento de su padre en el accidente enjuiciado, más los intereses previstos en el art. 921 de la LEC desde la fecha de la presente resolución.» Así que, a la postre, la Sentencia Sala de lo Civil del Tribunal Supremo citada en el dictamen viene a entender plenamente admisible en Derecho una sentencia que había indemnizado el daño moral derivado de un fallecimiento con una suma establecida *al margen de los criterios de baremación ligados, en definitiva, a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.*

Y no podía ser de otra manera, porque, como hemos dicho, la doctrina jurisprudencial sobre la debida valoración del daño moral no asociado al físico se ha mantenido sustancialmente invariable, al menos desde hace más de tres décadas.

Fijaremos inicialmente nuestra atención en la STS 8109/2012, de 3 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso Administrativo (en adelante, 3^a), pues resuelve un recurso en unificación de doctrina y compara la sentencia recurrida con las sentencias de contraste, cabalmente en lo relativo al modo de valorar la *pérdida de oportunidad* como *daño moral*. Se expresa así la STS 8109/2012: «la sentencia recurrida razona que *"A la hora de determinar el importe de la indemnización solicitada ha de tenerse en cuenta la edad de la fallecida, 50 años, y la existencia de una hija menor de 25 años como únicos datos acreditados, por lo que, tomando en consideración el baremo establecido en la Resolución de la Dirección General de Seguros de 20 de enero de 2011, como esta Sección efectúa en resoluciones reiteradas sobre idéntica cuestión, la indemnización pertinente que debe acordarse es la de 108.846,51 euros por el cónyuge y de 18.141,08 euros por la hija, es decir, un total de 126.987,59 euros"*

(RJ 8º), y teniendo en cuenta que la Resolución de la Dirección General de Seguros de 20 de enero de 2011 fija en dichas cantidades las indemnizaciones básicas por muerte (incluidos daños morales), es evidente que la sentencia recurrida ha atendido *al daño material* correspondiente a la muerte acaecida para valorar el daño indemnizable por la "pérdida de oportunidad" apreciada.»

Nótese, pues, que la sentencia recurrida sigue exactamente el método valorativo seguido en el dictamen del que aquí se discrepa. Como enseguida veremos, ese método es abierta y directamente censurado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Aun a riesgo de una inusual extensión de este voto discrepante, la importancia del punto clave aconseja reproducir los siguientes párrafos de la STS 8109/2012:

«En cambio, las sentencias de contraste invocadas, para valorar el daño indemnizable por la "pérdida de oportunidad", tienen en cuenta el daño moral derivado de la pérdida de tratamiento. Así, la Sentencia de 1 de marzo de 2010 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana razona, en lo que aquí interesa, lo siguiente: *"...En estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera; en la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. Desde estas premisas, y a la hora de efectuar la valoración del daño indemnizable, la jurisprudencia (SSTS*

20/octubre/1987, 15/abril/1988 o 5/abril y 1/diciembre/1989) ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS 3/enero/1990 , derive de una <<apreciación racional aunque no matemática>>, pues, como refiere la STS de 27/noviembre/1993 , se <<carece de parámetros o módulos objetivos>>, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la STS 23/febrero/1988, <<las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas>> en una suma dineraria. La STS de 19/julio/1997 habla de la existencia de un innegable "componente subjetivo en la determinación de los daños morales". Partiendo de esta doctrina, y dentro de los límites cuantitativos que impone la estricta indemnización de la "pérdida de oportunidad", se estima que la cifra de CINCUENTA MIL EUROS (50.000 euros) constituye una suma prudente y razonable que cubre la totalidad de los perjuicios sufridos por la actora" (RJ 4º). Y la Sentencia de 12 de marzo de 2010, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana , razona: "...En estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera; en la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En cuanto a la valoración del daño indemnizable la jurisprudencia (SS del Tribunal Supremo de 20 de octubre de

1987 , 15 de abril de 1988 5 de abril y 1 de diciembre de 1989 efectúa valoración global que , a tenor de la Sentencia de 3 de enero de 1990 , derive de una <<apreciación racional aunque no matemática>>, pues como refiere la Sentencia de 17 de noviembre de 1993, "se carece de parámetros o módulos objetivos", debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo con la Sentencia de 23 de febrero de 1988 "las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria". La Sentencia de 19 de julio de 1997 refiere "la existencia de un innegable componente subjetivo en la determinación de los daños morales". Partiendo de esta doctrina y dentro de los límites cuantitativos que impone la estricta indemnización de la pérdida de oportunidad, la Sala estima que la cantidad de 30.000 # constituye una suma prudente y razonable que cubre la totalidad de los perjuicios sufridos por la parte actora" (RJ 10º).»

La STS^{3ª} 8109/2012 hace notar la coincidencia de la doctrina de las sentencias de contraste (ambas del TSJ de Valencia, como hemos visto) con la doctrina de la misma Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo para concluir así:

«Por lo tanto, no cabe duda de que la Sentencia recurrida contiene una doctrina contraria a la recogida en las sentencias de contraste, las cuales por el contrario, se pronuncian en los términos que hemos recogido», esto es, conforme a la doctrina de la TS^{3ª}, de considerar la pérdida de oportunidad como algo semejante a un daño moral evaluable globalmente.

Así, pues, la referida STS^{3ª} 8109/2012 se pronuncia afirmando que es rotundamente contraria a la doctrina jurisprudencial acertada y firmemente

establecida por el Tribunal Supremo, la sentencia recurrida, según la cual *“a la hora de determinar el importe de la indemnización solicitada ha de tenerse en cuenta la edad de la fallecida, 50 años, y la existencia de una hija menor de 25 años como únicos datos acreditados, por lo que, tomando en consideración el baremo establecido en la Resolución de la Dirección General de Seguros de 20 de enero de 2011, como esta Sección efectúa en resoluciones reiteradas sobre idéntica cuestión, la indemnización pertinente que debe acordarse es la de 108.846,51 euros por el cónyuge y de 18.141,08 euros por la hija, es decir, un total de 126.987,59 euros”*. Se trata, como fácilmente cabe comprobar, de una sentencia, la recurrida y desautorizada, que procede a una evaluación semejante a la del dictamen del que discrepamos: aplicar, para cuantificar una indemnización por solos daños morales, el baremo establecido por Resolución de la misma Dirección General de Seguros.

Con posterioridad a la Sentencia precitada, pueden servir como muestra del afirmado criterio jurisprudencial constante las siguientes sentencias del Alto Tribunal:

— STS 1ª 3861/2013, de 11 de julio de 2013: en la que se indemnizan los daños morales con cantidad global, sin sujeción a parámetro aritmético alguno.

— STS3ª 2988/2013, de 4 de junio de 2013: «Respecto a las indemnizaciones que se reclaman tratándose del *daño moral* soportado por la falta de información debida y falta de consentimiento informado, hemos de concluir que la misma se ha de determinar aplicando los criterios de equidad y ponderación conforme a los cuales esta Sala estima que el montante indemnizatorio que procede debe limitarse a la cantidad de 30.000 euros, para todos ellos. En este sentido recordar lo establecido por esta Sala y Sección en la sentencia de fecha 18-7- 2007: "Con apoyo en tal

criterio, en el presente caso, procede fijar razonablemente una indemnización por tal concepto de 14.000 euros.”»

— La TS3^a 1977/2013, de 30 de abril de 2013, resuelve sobre un caso de indemnización por mala praxis judicialmente declarada, en el que la sentencia desglosa sus concretas consecuencias materiales y, además, se incluyen los daños morales:

«De lo dicho hasta ahora resulta que procede la estimación del presente recurso de casación así como de la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por la parte recurrente; se hace necesario, pues, determinar el importe correspondiente de la indemnización que deba fijarse.»

«Sobre esta cuestión, la jurisprudencia más conforme de esta Sala (entre otras la sentencia de fecha 23 de Marzo de 2010 dictada en el recurso 4925/2005) cuando afirma que <<lo primero que debe indicarse es que, a la hora de efectuar la valoración de los daños, como señala la sentencia de 10 de abril de 2008 , "la Jurisprudencia (SSTs 20 de octubre de 1987; 15 de abril de 1988 ó 5 de abril y 1 de diciembre de 1989) ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS 3 de enero de 1990 , derive de una "apreciación racional aunque no matemática" pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993 , se "*carece de parámetros o módulos objetivos*", debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la S 23 de febrero de 1988, "*las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas*" en una suma dineraria.»

Esta STS3^a fija, tras estimar el recurso, una indemnización global de un millón de euros. Es de subrayar que en esta sentencia, como en otras, el Tribunal Supremo prefiere la valoración global como método indemnizatorio, aun en los casos en que junto a daños morales se reclame por daños físicos.

— STS3^a 6186/2012, de 2 de octubre de 2012: «Lo que a su vez especificamos en la Sentencia de 23-3-2.011 (recurso 2.302/2009) al afirmar que: "Sobre esta cuestión es jurisprudencia harto conocida de esta Sala la relativa a la dificultad inherente a la indemnización del *daño moral*, por todas la sentencia de 6 de julio de 2.010, recurso de casación número 592/2.006 y que expresa que "a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta que *el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de pretium doloris, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo* (S.S. del T.S. de 20 de julio de 1.996, 26 de abril y 5 de julio de 1.997 y 20 de enero de 1.998, citadas por la de 18 de octubre de 2.000), *debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso*»

— STS3^a 3744/2011, de 6 de junio de 2011: «Ninguna vulneración de precepto legal valorativo de prueba se infringe en la sentencia recurrida al fijar estimativa y razonadamente en 12.000 euros la indemnización correspondiente a los compradores de una primera vivienda y en 9.000 a los adquirientes de una segunda. La valoración por la Sala de instancia no se puede tachar de arbitraria o irrazonable en una esfera como la del *daño moral en la que no es posible la aplicación de criterios objetivos...*»

— STS3^a 1210/2012, de 20 de febrero de 2012: «Siguiendo con la doctrina de esta Sala hemos de citar la Sentencia de esta Sala y Sección de 23 de marzo de 2011, recurso de casación 2302/09, (con cita de otras anteriores) sobre que el resarcimiento del *daño moral* por su carácter

afectivo y de *pretium doloris*, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo por lo que deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso. No hay baremo alguno al respecto.» Y, más adelante, se afirma; «Estamos en un ámbito carente de baremo orientativo alguno.» (la cursiva es mía).

Parece innecesario citar más sentencias para mostrar cuál es el criterio que, conforme a la doctrina jurisprudencial más autorizada, ha de seguirse en cuanto a la valoración del daño moral, criterio que ha ignorado el dictamen del que discrepamos por completo.

III. Oposición del dictamen al criterio habitual del mismo Consejo Consultivo.

Pasemos ahora a considerar el criterio de este Consejo Consultivo, aunque su importancia sea relativa, pues uno o varios errores valorativos de daños morales, no nos podrían impedir rectificar, sino que, al contrario, deberían impulsarnos a hacerlo. Veamos, ante todo, lo que al respecto contiene el dictamen del que discrepo. Aduce el dictamen, en apoyo de la valoración orientada por el baremo de 2012, los dictámenes 362/11, 458/11 o 93/12 de este Consejo Consultivo. No logro siquiera entender la invocación de estos dictámenes:

— Porque en el caso del dictamen 362/11, no se plantea siquiera una indemnización por daños morales, sino por daños materiales sufridos por la misma reclamante.

— Porque en el caso del dictamen 457/11, del que fui ponente, tampoco la reclamante alega daños morales y se dictamina a favor de una indemnización a la reclamante por daños físicos y materiales sufridos por ella.

— Porque otro tanto sucede en el caso del dictamen 93/12, en que se estima reclamación fundada en contagio de hepatitis C con ocasión de trasplante renal. Sólo en este caso, el reclamante, que es el paciente al que se trasplantó un riñón, alega, *sin concreción alguna*, daños morales, que el dictamen no tomó en consideración.

En estos casos, tan distintos del que ha sido objeto del dictamen del que discrepamos, se han utilizado los baremos, pero en absoluto esos casos ejemplifican un criterio del Consejo Consultivo según el cual el *daño moral* (en este caso, el derivado del fallecimiento de un pariente próximo) se deba o se pueda razonablemente indemnizar acudiendo a los tan repetidos baremos relativos a daños derivados de la circulación de vehículos de motor.

Lo cierto y paradójico es que este Consejo Consultivo acogió tempranamente la razonable doctrina jurisprudencial de valoración y cuantificación de los daños morales, sin rehuir la dificultad que esa operación entraña. Así lo vemos reflejado, en todas las facetas del problema, en el Dictamen 290/09, de 27 de mayo de 2009:

«En definitiva, pues, la mera constatación de que se han sobrepasado los umbrales sonoros fijados en la normativa municipal correspondiente, equivale a una presunción de que ha habido una inmisión que los afectados no tienen el deber jurídico de soportar. Dicha inmisión supone el reconocimiento de que, al menos, se ha irrogado un daño moral a los perjudicados, daño que deberá ser resarcido por el Ayuntamiento. Y en nuestro caso, ha quedado acreditado, por los informes emitidos por la Inspección del Ayuntamiento de Madrid a que hemos hecho referencia más arriba, que las viviendas de los reclamantes estuvo sometida a contaminación acústica, como consecuencia de las emisiones sonoras provenientes del local sito en los bajos de su edificio, alquilado a la Asociación

Cultural A, durante el periodo comprendido, al menos, entre noviembre de 2001 (inclusive), en que se recibe denuncia de la Policía Municipal, y mayo de 2008, en que, por parte de la Inspección, se emite informe, en que se da cuenta de que, en el local de referencia, se han aplicado las medidas correctoras que le habían sido impuestas, en orden a la insonorización del local y a la evitación de molestias.»

«Por todo ello, entendemos que la cantidad reclamada por ambos interesados, a razón de 300 euros al mes para R.H.P., desde marzo de 2001 hasta la efectividad de las medidas correctoras exigidas por el Ayuntamiento, y de 250 euros al mes para C.C.H., desde agosto de 2004 (en que se mudó a vivir al edificio) hasta la misma fecha, resulta arbitraria, por no justificarse de dónde surgen tales cantidades, ni haberse acreditado que durante ese tiempo, los afectados se vieran obligados a tener que abandonar su vivienda, alquilando otra en otro lugar. Por otra parte, el certificado médico, emitido a instancias de la interesada, acerca de las dolencias sufridas por la reclamante, tampoco acredita que aquélla haya sufrido más del estrictamente considerado como daño moral, a consecuencia de los ruidos del local.»

«En este sentido, se puede traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 9 de noviembre de 2004 (nº de recurso 1721/2000), en la cual se afirma: *“Siendo los daños a indemnizar de los denominados “daños morales”, su cuantificación económica no puede hacerse sobre parámetros objetivos, por lo que no cabe otro criterio que el juicio ponderado del Tribunal en el que se tendrán en cuenta las circunstancias tanto objetivas como subjetivas que concurran”.*»

«En aplicación del referido criterio jurisprudencial, de fijar con ponderación la indemnización procedente, tendente a procurar la reparación integral de los daños y perjuicios sufridos por los interesados, se considera procedente abonar a R.H.P. la cantidad global y actualizada de 20.000 euros y a C.C.H. la cantidad global y actualizada de 10.500 euros.»

Podemos referirnos también, sin pretensiones de exhaustividad, a dictámenes aprobados por este Consejo Consultivo en fechas relativamente recientes, para mostrar que el dictamen del que aquí se discrepa se aparta, como sostuvimos y seguimos sosteniendo, del criterio acogido por el órgano consultivo del que nos cabe el honor de formar parte. Así:

— Dictamen 228/13, de 5 de junio de 2013: «Conforme a lo expuesto en la consideración anterior, deben excluirse de la indemnización lo que hemos considerado que no constituye daño efectivo, como son las secuelas o complicaciones. Tampoco puede indemnizarse por una depresión en sentido estricto, porque la reclamante no ha aportado ninguna prueba en este sentido. Así las cosas, resulta evidente que la reclamante se sometió a una intervención quirúrgica bajo anestesia general cuya finalidad diagnóstica quedó parcialmente frustrada por el extravío de una de las muestras y que a ello ha de sumarse la lógica preocupación y angustia, que no obstante debemos calificar como menor, ya que inmediatamente detectado el extravío se puso en marcha un tratamiento sustitutivo cuya corrección no ha sido cuestionado por ninguno de los informes médicos obrantes en el expediente, de manera que la reclamante ha estado sometida a continuos controles médicos tanto por el Hospital Universitario del Sureste como posteriormente por el Hospital Universitario La Paz. Por ello, teniendo en cuenta esos conceptos indemnizatorios y la dificultad que siempre entraña la valoración de los daños morales entendemos adecuada y

suficiente la cantidad de 1.000 euros para indemnizar los daños morales y materiales sufridos por la reclamante.»

— Dictamen 18/13, de 23 de enero de 2013: «Para ello debemos tener en cuenta las circunstancias del caso, esencialmente, que *lo que resulta indemnizable es el padecimiento de la reclamante durante las horas que transcurrieron entre la llegada de la asistencia sanitaria que denegó indebidamente el traslado en ambulancia y el correcto diagnóstico y tratamiento de la fractura que padecía que derivó en intervención quirúrgica, 14 horas según refiere la reclamante.* Debe dejarse constancia que el retraso que ello supuso no implicó mayores secuelas físicas, pues la cirugía de prótesis total de cadera izquierda se realizó sin complicaciones postoperatorias, ni consta que padezca dichas secuelas. A la hora de realizar una valoración la jurisprudencia se ha decantado por una valoración global —sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987 (RJ 8676), 15 de abril de 1988 (RJ 3072) y 1 de diciembre de 1989 (RJ 8992)— que derive de una “*apreciación racional aunque no matemática*” —sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1990 (RJ 154)—, pues se carece de parámetro o módulos objetivos, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes.» (la cursiva es mía y aunque no se utilicen los términos “daño moral”, es indudable esa naturaleza en el padecimiento descrito)

— Dictamen 98/12, de 22 de febrero de 2012: «El daño causado merece la consideración de daño moral, como este Consejo Consultivo ha mantenido, entre otros, en sus dictámenes 429/10 y 299/11, debiendo para valorarse, ponderarse todas las circunstancias concurrentes, dado que se carece de parámetros o módulos objetivos (*vid.* STS de 3 de enero de 1990 y las posteriores).»

— Dictamen 242/10, de 28 de julio de 2010: «Por último, se reclaman en concepto de daños morales 17.803, 80 euros, que no han sido tomados

en consideración en el informe pericial de E ni en la propuesta de resolución. *Atendiendo a las circunstancias concurrentes del caso*, este Consejo considera que sí concurre daño moral y, en consecuencia que procede su indemnización, si bien entiende desmesurada la valoración que del mismo hace la reclamante, por lo que se considera razonable su estimación en 1.000 €.» (la cursiva es mía: los daños morales así globalmente valorados responden a las circunstancias de un caso de defectuoso mantenimiento de un colector de aguas fecales).

IV. Improcedencia de la indemnización propuesta en el dictamen 530/13

Debo, por último, expresar mi discrepancia con las cifras que el dictamen 530/13 propone como indemnizaciones por el daño moral sufrido por el marido y los tres hijos reclamantes: 84.600 euros para el marido y 9.300 euros a cada uno de los hijos. En especial, considero a todas luces excesiva la indemnización al marido. Y, por añadidura, dado que se ha utilizado, aunque orientativamente, la baremación de “daños físicos” y de daños morales “asociados a éstos”, pero se ha reducido la indemnización desde los 114.691,1 euros de la propuesta de resolución, que acogía el “informe de valoración del daño corporal”, de 18 de junio de 2013, elaborado a instancias del SERMAS e incluso desde la cifra resultante de aplicar la actualización del año 2012 (en lugar de la del 2013), cabría esperar alguna justificación más concreta y coherente que la ofrecida en el Dictamen. Y es que en el Dictamen se afirma expresamente que “entendemos que no se aprecia ninguna dificultad ni circunstancia especial que nos obligue a no considerar el carácter orientativo del citado baremo y que por el contrario, como hemos indicado, nos ofrece un criterio objetivo de cuantificación del daño padecido por los familiares por el fallecimiento de su ser querido, y que, por tanto, debe ser tenido en cuenta en aras a

evitar la falta de equidad y arbitrariedad si se da paso a subjetividades en la apreciación del daño causado.”

Se advierte perfectamente que las cifras de 84.600 euros y 9.300 euros no son sino redondeos de las cifras resultantes de aplicar la baremación prevista para el año 2012. Y ese redondeo nada tiene que ver con el método de la valoración global, aunque parezca que el dictamen identifica uno y otro. Por lo demás, no hay en el Dictamen, aunque debería haberla, una ponderación de las circunstancias del caso (la esperanza de vida y la salud de la mujer y madre de los reclamantes, por ejemplo) y, en cambio, la frase transcrita pretende que se habría faltado a la equidad e incurrido en arbitrariedad, dándose paso a “subjetividades” condenables, si las indemnizaciones no se cuantificasen como lo hace el dictamen. Este aserto tan rotundo merecería alguna explicación. A falta de ella, se comprenderá que, por todo lo expuesto, en términos de estricta defensa de mi posición, rechace tajantemente la pretensión de que las indemnizaciones propuestas en el dictamen son las únicas equitativas y no arbitrarias. Y se comprenderá asimismo, espero, que, también sobre la base de lo expuesto, considere arbitrarias y en modo alguna equitativas unas indemnizaciones por daños *morales* al marido e hijos de una paciente del sistema público de salud, que han sido cuantificadas según un baremo que principalmente tiene en cuenta los daños *físicos* sufridos por el marido y padre, daños que los reclamantes no han padecido y que, al menos según el tenor de su reclamación, ni siquiera reclamaron.

Madrid, 11 de noviembre de 2013».

Madrid, 12 de noviembre de 2013



**BAREMO PARA LA DETERMINACIÓN
DE INDEMNIZACIONES
POR DAÑOS DERIVADOS DE
ACTIVIDADES EN EL ÁMBITO SANITARIO
BORRADOR DE INFORME**

Madrid, 28 de junio de 2013



NOTA PREVIA

Por iniciativa del Pleno y consiguiente mandato de la Comisión Permanente del Consejo Asesor de Sanidad, se constituyó el pasado 23 de enero de 2013 un Grupo de Trabajo sobre Baremo para la Determinación de Indemnizaciones por Daños Derivados de Actividades en el Ámbito Sanitario.

Los trabajos llevados a cabo se centraron en ofrecer una herramienta nueva (Baremo) para contribuir a una mayor seguridad jurídica, transparencia, agilidad y reducción de la litigiosidad, partiendo de la convicción de que es necesario mejorar la situación actual de aplicación analógica del Baremo de Accidentes de Tráfico a las indemnizaciones derivadas de actuaciones en el ámbito sanitario.

El Grupo de Trabajo estuvo presidido por el Presidente de la Comisión Permanente del Consejo Asesor de Sanidad, D. Julio Sánchez Fierro, quien ejerció como Coordinador del mismo, actuando como Secretaria la Secretaria General del Consejo Asesor, D^a. Pilar Fernández Fernández.

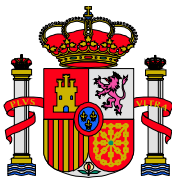
Como Vocales participaron en el mismo D. Juan Abarca, D. Bartolomé Beltrán Pons, D. Máximo González Jurado, D. Diego Murillo Carrasco, D. Juan José Rodríguez Sendín y D. Alfonso Villa Vigil.

Como expertos también tuvieron participación muy activa en las tareas del Grupo de Trabajo:

- D. César Borobia Fernández, Profesor del Departamento de Toxicología y Legislación Sanitaria de la Universidad Complutense de Madrid.
- D^a. María Castellano Arroyo, Presidenta de la Comisión de Medicina Legal de la Real Academia de Medicina.
- D. Teótimo Sáez Zazo, Secretario General de SegurCaixa-Adeslas.
- D^a. Raquel Murillo Solís, Subdirectora General y Directora de la Rama de Responsabilidad Civil de la Agrupación Mutual Aseguradora (AMA).

Las reuniones tuvieron lugar los días 13 de febrero, 13 de marzo, 17 de abril, 13 de mayo, 10 de junio y 27 de junio de 2013.

En ellas se debatieron las aportaciones efectuadas por los distintos miembros del Grupo de Trabajo, formulándose el Informe que se adjunta a continuación, presentado a consideración a la Comisión Permanente del Consejo Asesor de Sanidad.



I) CONSIDERACIONES GENERALES.

1. INEXISTENCIA DE BAREMO PARA ESTABLECER LAS INDEMNIZACIONES POR DAÑOS RELACIONADOS CON ACTIVIDADES SANITARIAS EN CENTROS PÚBLICOS O PRIVADOS.

Hay coincidencia en la necesidad de contar con un baremo a estos efectos, objetivo que se ha planteado ya con anterioridad, pero que, por distintas vicisitudes, no llegó a elaborarse.

La utilidad del baremo es general, tanto para centros públicos como privados, aunque esta herramienta pueda tener significados específicos en función del distinto marco jurídico en el que operan unos y otros centros.

2. PROBLEMAS QUE ELLO GENERA PARA PROFESIONALES, PARA LOS CENTROS E INSTITUCIONES SANITARIAS Y PARA LOS PACIENTES.

La falta de criterios y de estándares debidamente baremados contribuye a la incertidumbre y, en no pocos casos, a problemas de seguridad jurídica y de agilidad en la solución respecto de conflictos tanto cuando afectan a profesionales, como a instituciones sanitarias o a los propios pacientes.

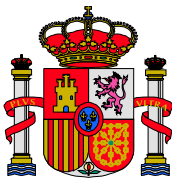
3. VENTAJAS QUE SUPONDRÍA SU REGULACIÓN:

- a) mayor seguridad jurídica,
- b) reducción de litigiosidad,
- c) agilidad en el cobro de indemnizaciones,
- d) previsibilidad de costes y cuantías,
- e) determinación de las primas...

4. LA APLICACIÓN ORIENTATIVA EN EL ÁMBITO SANITARIO DEL BAREMO DE ACCIDENTES DE TRÁFICO (LEY 30/95, DE ORDENACIÓN DEL SEGURO PRIVADO): INSUFICIENCIA Y LIMITACIONES PRÁCTICAS.

Se constata una utilización frecuente del Baremo de Accidentes de Tráfico en los litigios relacionados con responsabilidad y consiguientes indemnizaciones por daños relacionados con actividades sanitarias.

Sin desconocer la utilidad y el valor orientativo del Baremo de Accidentes de Tráfico, se estima insuficiente por no contemplar supuestos ajenos a la accidentalidad vial y vinculados estrictamente a actuaciones de



profesionales o a dificultades de funcionamiento relacionadas con la organización o la gestión sanitarias.

5. CONSIDERACIONES QUE SE DESPRENDEN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.

La práctica judicial revela una considerable dispersión en los criterios aplicados por parte de jueces y tribunales, lo que genera no pocos problemas y consecuencias no deseables. Esa heterogeneidad es muy acusada en el ámbito de unas Comunidades Autónomas respecto de otras.

La ausencia de un Baremo de indemnizaciones por daños relacionados con actividades sanitarias contribuye poderosamente a tan indeseable situación.

6. OTROS ASPECTOS QUE REQUIEREN ANÁLISIS Y VALORACIÓN:

a) Utilidad de criterios recogidos en el baremo para calificar discapacidades y en la guía/baremo europeo.¹

El origen y las características de ambos Baremos son diversos y contemplan supuestos distintos desde enfoques diferentes. Su utilidad a los efectos de futuro Baremo de Indemnizaciones por daños relacionados con actividades sanitarias es muy limitada.

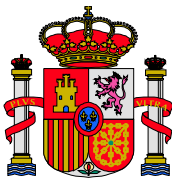
En particular, la Organización Mundial de la Salud ha desaconsejado la utilización del Baremo sobre Discapacidad para otros fines que no sean los estrictamente relacionados con estas situaciones.

De otra parte, este Baremo ha sido objeto de adaptación con ocasión de la aprobación de la llamada Ley de Dependencia.

Este Baremo para valoración de situaciones de dependencia se ha revelado también insuficiente, lo que ha obligado a una reciente modificación.

Asimismo hay que señalar que el Baremo para valorar las situaciones de dependencia nada tiene que ver con un eventual derecho a indemnización, sino que sirve de base para el reconocimiento de prestaciones y la concesión de ayudas, lo que aleja su utilidad para construir el Baremo aplicable al sector sanitario.

¹ Ver Anexo (Informe de la Confederación Europea de Expertos en Valoración e Indemnización del Daño Corporal).



En cuanto al Baremo Europeo, que tiene carácter orientativo (al igual que el aprobado en Portugal) relacionado con la llamada Quinta Directiva, sigue parado en su tramitación.

El Baremo Europeo tiene el interés de establecer criterios y estándares en atención a funciones y no a partes del cuerpo afectadas por daños, lo que en sí mismo constituye un avance modernizador importante.

Se aprecia que la aplicación del propio Baremo Europeo tampoco resolvería problemas surgidos con ocasión de patologías multisistémicas, en las que hayan incidido tratamientos distintos pero coincidentes en el tiempo.

Cualquiera que sea el tipo de Baremo que se utilice es especialmente relevante la función de los peritos y la formación y experiencia procesal de los mismos. Sería útil la aprobación de Guías Forenses para la buena práctica pericial.

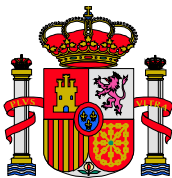
Utilizando la experiencia de los distintos Baremos disponibles sería importante contar con los criterios que pudieran aportar las Sociedades Científicas, en particular respecto del Consentimiento Informado y de los riesgos asumidos / beneficios esperados con ocasión de alguna intervención.

La orientación excesivamente técnica y la extensión de los documentos en los que se refleje el Consentimiento Informado, muy heterogéneos en la actualidad, así como la disponibilidad de tiempo suficiente por parte del paciente para conocer el alcance del Consentimiento Informado y resolver las dudas que pudieran suscitarse deberían ser igualmente aspectos a contemplar, ya que son relevantes a efectos de delimitar responsabilidades y consecuencias indemnizatorias.

Todo ello da base a plantear una necesaria reconsideración y homogeneización en la normativa jurídica aplicable.

b) Responsabilidad objetiva y subjetiva en el daño sanitario.

Sin perjuicio de la responsabilidad objetiva que legalmente se relaciona con el funcionamiento de los servicios públicos, el principio general del derecho español en esta materia es el de responsabilidad subjetiva, que conviene mantener expresamente.



A estos efectos, convendría definir el significado y el alcance de los Códigos Deontológicos y de Conducta, en particular, para dimensionar la llamada responsabilidad subjetiva en el daño sanitario.

A estos mismos efectos, resulta indispensable ponderar mejor el impacto de la responsabilidad subjetiva, lo que exige una mayor definición de las causas, así como de la tipicidad normativa.

Otro aspecto importante es el de la responsabilidad subjetiva desde la perspectiva de las consecuencias de carácter patrimonial. En este punto cabe destacar la experiencia de determinados sectores, en particular, el de enfermería, en el que están registrándose efectos que están generando seria preocupación.

Dicha experiencia habría de valorarse también en el ejercicio de la pericia procesal.

c) Daño moral y sus modalidades en el ámbito sanitario: evaluación.

En primer lugar, habría que revisar el concepto y denominación de daño moral, dado que bajo esta expresión con frecuencia aparecen elementos de contenido y alcance muy variado.

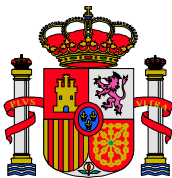
En este orden de cosas parecería más acertado optar por la denominación de daño extrapatrimonial, lo que no quiere decir que no sea indemnizable económicamente en función de circunstancias y factores muy diversos y que pueden concurrir o no en cada caso.

En consecuencia, el mal llamado daño moral no parece susceptible de acomodarse a efectos indemnizatorios a la utilización de un baremo.

La determinación del montante indemnizatorio se presenta como una tarea en la que el arbitrio judicial será muy relevante. En todo caso, habría que velar para que el sentido de prudencia y de moderación a la hora de fijar las indemnizaciones en estos casos evite incurrir en planteamientos calificables de *“decisión discrecional”*.

Alternativamente, esto es, en lugar de una suma por el daño directo evaluable económicamente, y otra en concepto de “daño moral” o extrapatrimonial, podrían subsumirse ambas en una sola cifra.

Se trataría, por tanto, de incorporar como una parte de la cantidad total una cifra para compensar determinadas consecuencias cuya



conurrencia produce efectos negativos ciertos sobre el paciente (sufrimiento, capacidad de relación social, rechazo social, etc...).

También cabría plantear que la indemnización por el llamado daño moral esté sujeta a límites e incluso si convendría una regulación detallada de esta materia de modo que en la actuación de Juzgados y Tribunales el nivel de certeza y seguridad jurídica fuese mayor.

d) Concurrencia de responsabilidades entre profesionales y entre profesionales y pacientes.

La concurrencia o no de responsabilidades es una cuestión estrictamente procesal, suficientemente regulada.

Una vez definida y atribuida la responsabilidad (individual o compartida) de una manera inequívoca, la utilización o no del baremo resulta irrelevante a estos efectos.

De otra parte, para contribuir a la determinación de responsabilidades, es muy importante la tarea de los peritos, cuyas competencias vienen determinadas legalmente.

A los efectos de evaluar la concurrencia o no de responsabilidades resultará también de especial importancia considerar las prescripciones contenidas en el correspondiente Código Deontológico.

Otro aspecto a tener presente es el del contexto en el que se haya generado el daño sujeto a indemnización; esto es, si estamos ante una organización sanitaria compleja con distintos niveles jerárquicos o si, por el contrario, estamos en presencia de un profesional autónomo, ya que las dificultades para apreciar la concurrencia de responsabilidades (entre profesionales o entre un profesional y el paciente) son muy distintas. En cualquier caso, estaremos ante un problema de valoración judicial de las pruebas aportadas, siendo de singular relevancia la prueba pericial, la cual no se presenta siempre con las mismas características según que estemos en presencia de médicos forenses o de peritos profesionales propuestos por las partes.

Hay que recordar que esta doble posibilidad es relevante a los efectos de nombramiento y de plazos para el cumplimiento de la función pericial.



II) PROPUESTAS PARA UNA FUTURA REGULACIÓN DEL BAREMO PARA LA DETERMINACIÓN DE INDEMNIZACIONES POR DAÑOS DERIVADOS DE ACTIVIDADES EN EL ÁMBITO SANITARIO.

1. Se considera como objetivo prioritario la regulación de un baremo indemnizatorio específico para el ámbito sanitario, dado que la aplicación analógica del baremo de accidentes de tráfico sólo debería tener un valor referencial, ya que la persona que tendría derecho, en su caso, a una indemnización no es un politraumatizado (presuntamente sano), sino un enfermo que accedió a los servicios sanitarios, públicos o privados, con la expectativa de ver mejorada su situación como enfermo.
2. Para hacer frente a los problemas referidos a la indemnización por daños relacionados con la actividad sanitaria, sería altamente necesario que se tengan en cuenta los mismos en la ley por la que se van a introducir diversas modificaciones sobre el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales y otros aspectos procesales.
3. Entretanto se lleva a cabo dicha modificación legal, sería muy conveniente que se arbitraran normas transitorias, a incorporar en alguna disposición reglamentaria, en vigor o que se apruebe en el inmediato futuro.
4. Podría ser, de momento, suficiente que, en la norma reglamentaria a la que se acaba de hacer referencia, se señalaran algunos criterios o principios específicos para una interpretación y aplicación adecuados del baremo de accidentes de tráfico a los daños sobrevenidos con ocasión del ejercicio de actividades sanitarias.
5. A este respecto, se valorará la complejidad de las organizaciones sanitarias y, en su caso, el ejercicio autónomo de las mismas.
6. Se considera que el baremo, cuando se regule en la futura legislación, debería tener un carácter vinculante en el caso de ser utilizado en los procesos de solución extrajudicial de conflictos, manteniéndose para el ámbito judicial el criterio, en idéntico sentido y ya vigente, en los supuestos de accidentes de tráfico.
7. El baremo y sus características básicas deberían estar comprendidos en el marco de reformas legales sobre el funcionamiento de la Justicia, si bien el desarrollo articulado de los mismos podría figurar dentro de un real decreto aprobado a tal efecto.



8. Sin perjuicio del posible periodo transitorio al que antes se ha hecho referencia, se considera que la implantación del baremo debería ser generalizada.
9. Sería conveniente que en la futura legislación en materia de reforma del funcionamiento de la Justicia, se prevean plazo/os habilitantes para el ejercicio de iniciativas conducentes a la solución extrajudicial de conflictos relacionados con “daños sanitarios”.
10. En cuanto a la utilización de medios probatorios, se entiende necesario que en la futura legislación queden claramente establecidos los supuestos en los que se podría incurrir en responsabilidad penal, civil y demás que procedan por parte de los peritos, así como el establecimiento de los estándares de cualificación y de experiencia en la materia.
11. Se estima que sería muy positivo el fomento de los procedimientos voluntarios para la solución extrajudicial de los conflictos, tanto en su modalidad de mediación como, en su caso, el arbitraje.
12. Se valora que sería un factor positivo para la reducción de la litigiosidad y la rapidez en la solución de los problemas indemnizatorios, que la utilización de dichos procedimientos extrajudiciales tenga el carácter de trámite previo a la iniciación de la vía judicial.
13. Todo lo relacionado con los procedimientos extrajudiciales a los que se ha hecho mención podría incluirse en el futuro Reglamento de Mediación que está previsto aprobar próximamente.
14. Por lo que se refiere a la regulación del mal llamado “daño moral”, en realidad, daño extrapatrimonial, ya previsto para el ámbito de accidentes de tráfico, (Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, relativo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor), habría que definir con precisión este concepto, los factores que contribuyan a su determinación y la forma de fijar el montante indemnizatorio del mismo. A tal fin sería necesario especificar los elementos que lo configuran y, a ser posible, techar su alcance.
15. Habría que tener en cuenta que, por su propia naturaleza, el mal llamado “daño moral”, como tal, no parece susceptible de baremación. Sin perjuicio de ello, es altamente conveniente que el montante indemnizatorio se encuentre comprendido dentro de unos determinados límites en evitación de decisiones discrecionales que podrían acabar siendo notoriamente lesivas para cualquiera de las partes en conflicto.



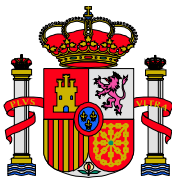
Para ello cabría considerar que el importe máximo estuviera cifrado en un porcentaje de la indemnización generada por el daño sanitario directo y que, en todo caso, se module el referido porcentaje en función de indicadores/criterios objetivos (sufrimiento, capacidad de relación social, rechazo social, etc...)

16. Con carácter general, parece oportuno considerar la posibilidad de que las indemnizaciones derivadas de daños relacionados con la actividad sanitaria puedan consistir tanto en prestaciones económicas como en prestaciones en especie (en particular, para tener en cuenta las situaciones de discapacidad que generen problemas de dependencia).

Asimismo, convendría que se valoraran los supuestos, los requisitos y los procedimientos a estos efectos, contemplando igualmente la posibilidad de indemnizaciones de tipo mixto (capital, renta, servicios).

17. Como consideración final, hay que resaltar que existen algunos supuestos especiales a los que habrá que dar respuesta con una regulación en la que se establezcan criterios/medidas específicos. Entre otros casos, cabría citar los supuestos mixtos (accidente de tráfico sobrevenido en persona enferma) e incidentes de origen sanitario en personas que previamente no se encontraban enfermas (actividades preventivas de tipo vacunal u otras similares).

Madrid, 28 de junio de 2013



ANEXO

Informe de la Confederación Europea de Expertos en Valoración e Indemnización del Daño Corporal

JUSTIFICACIÓN DE UN BAREMO EN LA VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL

Hoy en día, al igual que en épocas anteriores, la valoración y la indemnización del daño corporal en los estados de la Unión Europea se basan en el consenso legal y social, consenso que refleja la forma de pensar y actuar de la sociedad.

En general, los principios están enunciados en leyes o en códigos de un modo conciso y solemne y sus distintas características están moduladas por la jurisprudencia y la doctrina.

En el marco de la reparación integral, en la responsabilidad civil, se distingue entre los perjuicios económicos y los perjuicios no económicos.

Los perjuicios económicos derivados de los daños médicos, considerándose éstos últimos como objetivos y medibles, requieren una valoración en concreto, la cual es susceptible de poderse baremizar.

Los perjuicios no económicos son aquellos que están fuera del contexto lucrativo. Tienen un carácter puramente subjetivo y se basan en la alteración de las actividades de la vida diaria, es decir, de los gestos y actos que las mujeres y los hombres realizan desde el momento que se levantan hasta que se acuestan, independientemente de la actividad profesional.

En general, las secuelas de tipo subjetivo afectan a un individuo de una forma similar a otro, siempre y cuando se encuentren en situaciones parecidas, por lo que se puede afirmar que a secuelas idénticas les corresponden situaciones casi idénticas en la vida cotidiana. Por tanto, parece lógico, que se las pueda asignar una valoración similar y, por ende, susceptible de entroncarse en la lógica de un baremo. En la práctica, el presente sistema, considerado correcto pese a sus imperfecciones, permite establecer una valoración relativamente similar para casos parecidos, valoración que es susceptible de ser incardinada en el baremo.

¿Por qué los peritos de la mayoría de los Estados de la Unión Europea no se conforman con realizar una sencilla descripción de las secuelas? Porque el responsable de la indemnización tiene que interpretar esa descripción y toda interpretación implica un riesgo de alteración de su contenido, más aun si la descripción realizada por el perito de un determinado Estado tiene que ser interpretada por el indemnizador de otro Estado. Los problemas lingüísticos y de



terminología concreta no pueden ser subestimados. Por todo ello, ha resultado pertinente realizar un esfuerzo para concretar las secuelas y sus porcentajes de incapacidad correspondientes, al mismo tiempo que se acompañan de una explicación de las mismas: *“el peritaje consiste en escuchar, observar, medir, comprender y, posteriormente, explicar para hacerse comprender”*.

El sistema de tasación obliga a construir un baremo con fines de igualdad y de justicia, dado que a secuelas similares les corresponden tasaciones y reparaciones idénticas.

El principal inconveniente de los baremos actuales radica en la ausencia de fundamento científico, dado que basan en las tasas utilizadas por la jurisprudencia. Se tratan, por tanto, de “baremos tradicionales”. No obstante, tienen la ventaja de evolucionar con los progresos terapéuticos y rehabilitadores, con las técnicas de objetivación y cuantificación y con nuestros conocimientos sobre el futuro de los traumatizados. Por otro lado, ¿un baremo puramente “científico” podría tener en cuenta los aspectos socio-culturales, ineludibles, de los distintos Estados, tal como lo hacen los baremos nacionales de un modo inconcreto? Por otro lado, a pesar de que las diferencias en estas cuestiones, entre los distintos Estados de la Unión Europea, no son importantes, hay que preguntarse si los europeos podrían elaborar un baremo que pudiera ser aceptado por otras culturas y al contrario, ¿Podríamos los europeos adoptar un baremo procedente de otras culturas?

NECESIDAD DE ESTABLECER UN BAREMO

La voluntad europea es la de mantener la indemnización integral de los perjuicios económicos y procurar una indemnización mediante un baremo en el caso de los perjuicios no económicos o subjetivos.

Es imposible armonizar la reparación económica de los perjuicios subjetivos si, entre los países de la Unión Europea, la pérdida de los mismos órganos y de las mismas funciones no se evalúa del mismo modo, es decir, si las mismas secuelas no se cuantifican de forma idéntica. Además, la posibilidad de valorar de forma similar ante las mismas situaciones, por distintos peritos, dando lugar a que se obtengan conclusiones idénticas de secuelas similares, obliga al uso de un baremo único.

No es conveniente eliminar elementos de la cultura de un Estado con el pretexto de una armonización de la valoración y de la indemnización; por tanto, esta armonización obliga a proponer soluciones que ningún elemento social considerara inaceptables, teniendo en cuenta además que ninguna solución será plenamente satisfactoria para todos ellos.



Se llegó a la conclusión que una asociación nacional o un solo equipo universitario no podría elaborar un baremo europeo único; en efecto, era preciso combinar el conocimiento de los distintos baremos nacionales y el respeto a las particularidades sociales de cada Estado. A tal fin, se eligió una institución con vocación europea y preocupada por lograr un consenso tratando de no desestabilizar un sistema que, a día de hoy, funciona a pesar de sus imperfecciones. La elección se produjo en la Confederación Europea de Expertos en la Valoración y en la Reparación del Daño Corporal (CEREDOC), que agrupa a profesores universitarios y profesionales de alto nivel procedentes de los distintos Estados Europeos y cuyo grupo de trabajo trabaja en colaboración con eminentes especialistas en las disciplinas médicas relacionadas con el peritaje. Además, esta asociación se ha enriquecido con las aportaciones de las asociaciones profesionales y con los profesores universitarios que han validado sus trabajos.

BASES Y PRINCIPIOS DEL BAREMO EUROPEO

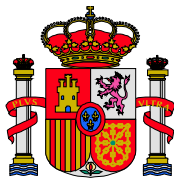
Un baremo único implica que esté basado por conceptos aceptados por todos. Estos conceptos fueron definidos en el Congreso de Tréveris, el primero de Junio de 2000, habiendo sido convocado por Willi Rothley, Vicepresidente de la Comisión Legislativa del Parlamento Europeo. Los médicos relacionan, objetivan y cuantifican, sin sobrepasar los límites de sus competencias específicas, teniendo en cuenta que no siempre existe una perfecta adecuación entre la complejidad del ser humano y el marco definido por los juristas.

Las funciones del perito médico consisten, por un lado, en cuantificar las secuelas que sean objetivables y/o justificables y, por otro lado, en emitir un dictamen técnico sobre los perjuicios personales, perjuicios que se describen en un lista determinada.

La valoración se basa en las alteraciones a la integridad física y psíquica objetivable y, por tanto, son alteraciones que se pueden medir y cuantificar. La valoración de las alteraciones subjetivas puras, justificables desde el punto de vista médico (existentes pero no demostrables y por tanto sin posibilidad de cuantificar), solo es posible si se aplica un mismo y único valor o tasa, ya que no se puede graduar lo que no se puede objetivar.

La valoración necesita una unidad y un sistema. En este contexto, se optó por un sistema porcentual para no modificar profundamente la práctica médico-legal habitual de los peritos europeos.

En la reunión de Tréveris (2000), la alteración de la integridad psico-física (AIPP, por sus siglas en francés) se definió como:



“la reducción definitiva del potencial físico y/o psíquico objetivable o justificable desde el punto de vista médico, a la que se añade los dolores y las repercusiones psicológicas que se asocian habitualmente a las secuelas, siendo éstas habituales en Medicina, así como las consecuencias de los mismos en las actividades habituales y objetivas de la vida diaria.”

La tasa de AIPP es:

“la magnitud o cuantía de la secuela se establece sobre el máximo teórico del 100% de dificultad que padece cualquier individuo cuyas secuelas han sido estudiadas y referidas a los actos cotidianos de la vida diaria extraprofesional, es decir, en relación con la limitación de su capacidad personal.”

La unidad de AIPP:

“no es una unidad de medida, sino el valor de apreciación de la secuela, resultado de la integración, por un lado, de las medidas de los fenómenos diversos obtenidos con ayuda de ciertos instrumentos (expresados en distintas unidades) y, por otro lado, por la opinión intuitiva del perito consecuencia de la experiencia y del arte de comprender lo inmensurable.”

De este modo, la baremización no excluye una cierta personalización. El médico explica las repercusiones de las secuelas en las actividades de la vida diaria y fija un valor, este valor no cuantifica solamente el estudio de las secuelas sino que integra los diversos parámetros que se han tenido en cuenta al obtener el porcentaje; se incluye, por ello, una parte no mensurable, *“que puede ser esencial en la valoración”*, y que refleja la especificidad, obtenida por el perito, del individuo sometido a peritaje.

En el caso de que un lesionado vea modificado su estado anterior patológico como consecuencia del accidente objeto del peritaje, la descripción y la valoración del primero es un complemento indispensable para el cálculo de la tasa, al poder ser la del accidente de, relativamente, escaso valor frente a la que representa el estado anterior; en efecto, en el caso de una persona amputada de una pierna que posee una prótesis adecuada y que como consecuencia del accidente en cuestión queda parapléjica, no bastará con efectuar la diferencia de las tasas antes y después de la paraplejía para calcular el daño ocasionado sino que la diferencia se buscará en la limitación última de las actividades de la vida diaria en relación con la que tenía antes de sufrir el accidente.

Son muchas las situaciones secuelares que tienen importantes consecuencias en la vida diaria. La tasa “100%” no representa la desaparición de todas las funciones de la persona. Cuando una tasa se ha fijado, la validez restante no es la diferencia entre el 100% y la tasa resultante, esa tasa representa un valor más importante.



Además de la AIPP, a veces deben reconocerse determinados perjuicios específicos al lesionado, tales como el perjuicio estético, el perjuicio sexual (distinto del daño de la función reproductora), los dolores excepcionales y las consecuencias negativas para las actividades específicas del ocio. En ocasiones, se solicitan otros perjuicios artificiales que suelen suponer una duplicación de la AIPP o que se salen de la competencia del perito médico. Estos perjuicios no son objeto de estudio en este baremo.

La vivencia de un lesionado ante un accidente es personal y depende, en gran medida, de los rasgos fundamentales de su personalidad. Si la reacción ante la agresión es patológica, ésta se tendrá en cuenta en el estudio de la incapacidad temporal y en la AIPP. Si la reacción ante la agresión no es patológica, o bien no se puede demostrar ni medir dicha patología, el estudio no es “médico” y, por tanto, el médico no podrá aportar ningún dato específico al caso.

Por último, algunas tasas propuestas en el baremo (pérdida de un ojo, nefrectomía unilateral,...) contemplan la posibilidad de la pérdida o deterioro futuro del otro órgano unilateral, riesgo que no puede calcularse durante el proceso de curación o de consolidación. Del mismo modo, ninguna endoprótesis tiene una duración ilimitada. Por todo ello, la legislación deberá contemplar la posibilidad de fijar unas reservas de cara al futuro para estos casos o bien para otros posibles empeoramientos o agravaciones; situación que tan solo es recogida en algunos Estados.

Si la anatomo-fisiología humana ni la resistencia de los materiales pueden responder a los deseos de las leyes y de los juristas, tendrán que ser los textos legislativos los que se adapten a las realidades sociales.

METODOLOGÍA DE LA CREACIÓN DEL BAREMO EUROPEO

El principio para todos los Estados consiste en que los mismos órganos, las mismas funciones y las mismas alteraciones de estos órganos y funciones tengan un valor idéntico para todos los ciudadanos. Estos valores o tasas *pívots* constituyen la infraestructura o esqueleto del baremo europeo.

Sería ilusorio intentar jerarquizar el valor de los órganos y funciones, dado que no pasaríamos de un proceso puramente empírico. Por el contrario, es posible establecer una jerarquía de los diferentes segmentos de un órgano y de las alteraciones de una misma función estudiando sus repercusiones objetivas sobre las actividades de la vida diaria.

La experiencia con los lesionados nos lleva a afirmar que los perjuicios no evolucionan linealmente ni siguen una distribución matemática, por tanto solamente la



observación y la medida de las alteraciones funcionales pueden conferir valor a un baremo. De este modo, las tasas *pívots* han sido obtenidas por la observación y la medida que caracterizan a la diversas secuelas; posteriormente se han cuantificado, mediante una tasa, en relación con las actividades de la vida cotidiana. Esta búsqueda de la incapacidad funcional es un concepto fácilmente accesible para los peritos que no utilizan el sistema de baremo, sin modificar el enfoque médico-legal de aquellos que lo utilizan habitualmente.

De este modo, se ha podido llegar al acuerdo de diversas situaciones, tal como el valor de las amputaciones, el de las pérdidas funcionales totales (por ejemplo, la anquilosis de una articulación) y las horquillas correspondientes a ciertas pérdidas funcionales parciales. Las tasas correspondientes han sido fijadas teniendo en cuenta valores convencionales reconocidos en los distintos Estados después de una reflexión sobre la comparación entre secuelas que tienen la misma importancia.

Las secuelas parciales deben ser evaluadas en función del déficit observado, teniendo en cuenta la tasa de la pérdida total.

A algunas lesiones, en concreto de la esfera sexual (mastectomía bilateral y amputación del pene) se les han asignado unas tasas que pueden parecer elevadas, lo que se justifica por el contexto socio-cultural europeo, aspecto éste que no se puede ignorar.

Se ha hecho indispensable procurar que existiera una coherencia interna de tipo vertical de cada una de las funciones estudiadas, al igual que se ha procurado que existiera una coherencia horizontal entre las tasas correspondientes a secuelas de parecida magnitud o importancia, comparando, para ello, las distintas situaciones clínicas y su incidencia en las actividades de la vida diaria; todo ello para evitar disparidades demasiado importantes.

MODO DE UTILIZACIÓN DEL BAREMO EUROPEO

El baremo europeo no es ni un manual de patología secuelar ni un compendio de valoración. Se ha concebido para el uso exclusivo de los peritos, es decir, para los médicos que conocen de los principios de la medicina legal y las normas de uso sobre el estado anterior y las incapacidades múltiples.

No se trata de un maxi-baremo, sino de una guía que ofrece las tasas *pívots* para las lesiones de los órganos y las funciones del ser humano. Aun así, dado que el baremo está lo suficientemente detallado, podrá servir, en el futuro, como un baremo de referencia en el campo de los seguros personales.



Algunos tipos de secuelas (por ejemplo, oftalmológicas, oto-rino-laringológicas, estomatológicas, etcétera) necesitan la participación de especialistas en la materia. El perito debe encontrar en el informe del médico consultor los datos técnicos y los elementos de reflexión que permitan al primero pronunciarse sobre la causalidad y la valoración de las secuelas.

Las tasas propuestas en el baremo se refieren al individuo en su globalidad y, por tanto, no cuantifican la secuela en relación a la integridad de la función o del órgano correspondiente. Estas tasas se refieren a secuelas consideradas de forma aislada. En caso de secuelas múltiples, la tasa global no se obtiene automáticamente de la suma de las tasas de las mismas; su cálculo será distinto en función de que las secuelas participen de la misma función (secuelas sinérgicas) o no sean éstas sinérgicas. El baremo no contiene ninguna fórmula pseudo-matemática, sino que se precisa de sentido clínico, de sentido común y del realismo del médico evaluador:

- En caso de lesiones simultáneas a diversos niveles del mismo miembro u órgano, la tasa global no es la suma de las tasas aisladamente, sino la que corresponde al total de la función y/o sinergia perdida; esta tasa no podrá superar la pérdida total del miembro o del órgano.
- Si se tratan de lesiones simultáneas sinérgicas que afectan a miembros o a órganos diferentes, la valoración será la de la pérdida global de la función.
- En caso de invalideces múltiples no sinérgicas, la tasa global no podrá superar la suma de las tasas aisladas, ya que, de otro modo, se podría superar con frecuencia el techo del 100%, cuando en realidad el lesionado conserva cierta capacidad. Por tanto, habrá que comparar el estado de la víctima con situaciones clínicas cuyas tasas de AIPP sea conocida. Es obligatorio explicar la situación concreta cuyo polimorfismo no puede ser reducido a la abstracción de una tasa aislada del contexto global.

El baremo no ofrece unas “cifras estándar”, sino que requiere la aplicación de un enfoque clínico de las secuelas y el análisis de sus consecuencias en las actividades de la vida diaria. Esta apreciación global del estado secuelar exige una explicación de cómo se obtiene la tasa de AIPP. Por ejemplo, no se indica, en el baremo, la tasa correspondiente a un laringectomizado, por lo que habrá que valorar de forma global las consecuencias de la disnea y la afonía o la disfonía en las actividades de la vida diaria, en base a las tasas que se asignan a cada una de las secuelas indicadas.

En los casos de una anquilosis post-traumática del codo en un amputado de la mano del mismo lado, la tasa será distinta a la que correspondería a la misma anquilosis en una persona que conserva la función íntegra de la mano.

Teniendo en cuenta que este sistema ha optado por tener una orientación lo más funcional posible, el baremo presenta, en el caso de las amputaciones de los miembros inferiores, unas tasas que se corresponden con unas prótesis adecuadas,



dado que son las situaciones que con más frecuencia encuentra el perito médico. En efecto, con excepción de la amputación del pie, el lesionado no puede andar ni mantenerse correctamente en pie si no es con la ayuda de una prótesis. Por otro lado, las tasas podrían modificarse si la prótesis resultara poco eficaz, o, por el contrario, excepcionalmente funcional. De igual modo, e independientemente de la función estudiada, cuando una prótesis, una ortesis o una ayuda técnica mejoren al lesionado los trastornos funcionales, estos beneficios se tendrán en cuenta a la hora de la valoración.

Las situaciones no descritas se valorarán mediante la comparación con situaciones descritas y cuantificadas.

Dado los avances actuales en medicina, no se han tenido en cuenta las situaciones excepcionales y las puramente teóricas.

El baremo es una guía, razón por la cual no tiene carácter obligatorio. En el caso de una tasa muy elevada de AIPP, deberá remarcarse su carácter meramente indicativo. En general, la explicación de las repercusiones de las secuelas será la base de la tasa que se asignará, explicación que será obligatoria en el caso de secuelas graves.

PERSPECTIVAS

Un grupo de trabajo compuesto, al menos, por miembros de la CEREDOC, formarán parte de un “Observador Europeo” que asegurará su revisión permanente en función de los comentarios, las críticas fundamentadas, los problemas en la aplicación práctica, los métodos de valoración y el avance de nuestros conocimientos.

Tal como escribía en 1987 el difunto Profesor Marino Bargagna, a quien el grupo de trabajo le rinde cariñoso homenaje, el baremo europeo será *“una fuente de experimentación sin fin”*.

Prof. Pierre LUCAS (Bélgica)

(Presidente de la CEREDOC y coordinador del “Grupo ROTHLEY” de estudio del baremo europeo)
en nombre de los principales responsables

del grupo de trabajo y miembros del Comité ejecutivo de la CEREDOC², los Profesores y Doctores:

BOROBIA-FERNÁNDEZ César, España

CANNAVÓ Giovanni, Italia

GUISCAFFRE-AMER Juan, España

HUGUES-BÉJUI Hélène, Francia

SAUCA-RIERA Carlos, España

STEHRMAN Michel, Bélgica

STRECK Walter, Alemania

VIEIRA Duarte Nuno, Portugal

² Confederación Europea de Expertos en Valoración e Indemnización del Daño Corporal

Via Livorno, 25 PISA – ITALIA – Tel. +39.0508312083 – Fax +39.0508310049 – correo electrónico: info@ceredoc.it - www.ceredoc.it